

# EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y SU APLICACION JUDICIAL

Separata

**LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO  
Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS  
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA**

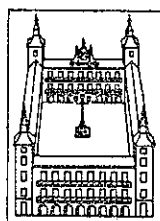
ARACELI MANGAS MARTÍN



*Consejo General del Poder Judicial*



Universidad de Granada



EDITORIAL CIVITAS

# LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Araceli Mangas Martín (\*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO COMUNITARIO.—II. LA EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. *Fundamento y significado: la jurisprudencia Van Gend en Loos*. 2. *Criterios para determinar la eficacia directa*. 3. *La plenitud de la eficacia directa de los Tratados y de los reglamentos*: A) Obligaciones de no hacer y de hacer. B) Relaciones verticales (poderes públicos-particulares) y relaciones horizontales (entre particulares). C) La plenitud de eficacia del Reglamento comunitario. 4. *La eficacia directa de las decisiones y de las directivas*: A) La eficacia directa de las decisiones dirigidas a los Estados miembros. B) La eficacia directa de las directivas. 5. *El efecto directo vertical de las directivas: invocabilidad de derechos respecto del Estado*: A) Alcance de la noción de Estado ante el que es invocable una directiva. B) Alcance de la noción de particular. C) La imposibilidad de exigir obligaciones por parte del Estado en las relaciones verticales. D) El efecto directo vertical y las obligaciones del Estado de transposición de las directivas y de cumplimiento de oficio del contenido de la directiva. La responsabilidad del Estado miembro en ausencia de efecto directo. 6. *El problema del efecto horizontal de las directivas*. 7. *La aproximación del TJCE al efecto horizontal de las directivas: el cumplimiento del contenido obligatorio de la directiva y la interpretación del derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva*: A) Los inevitables perjuicios para algunos particulares. B) La obligación de interpretar el derecho nacional de manera conforme a la directiva. Especial referencia a la sentencia *Marleasing*.—III. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO, EN ESPECIAL A LA LUZ DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.—IV. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. *El fundamento de la primacía. La sentencia Costa c. ENEL*. 2. *El alcance de la primacía en relación con la ley posterior: la sentencia Simmenthal*. 3. *La obligación de los poderes públicos competentes de eliminar las normas internas incompatibles*. 4. *La suspensión cautelar de las normas internas presumiblemente contrarias al Derecho Comunitario*. 5. *El alcance de la primacía en relación con la Constitución de los Estados miembros. Planteamiento general*. 6. *El monopolio del control de la legalidad comunitaria y la suspensión cautelar de los actos nacionales de ejecución de las normas comunitarias*.

## I. Introducción. La autonomía del Derecho Comunitario

La libre y voluntaria manifestación del consentimiento de los Estados de ser miembros de las Comunidades Europeas y, en consecuencia, de obligarse por los Tratados constitutivos y por los actos de las instituciones, produce la atribución de competencias internas en favor de las Comunidades Europeas. Esta atribución, en determinadas materias, y su ejercicio efectivo por las Instituciones comunitarias es el punto de partida de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario.

La pertenencia de un Estado a las Comunidades Europeas produce una distribución de competencias entre el Estado miembro y las Comunidades; el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y, por tanto, en esos ámbitos de soberanía estatal siguen rigiendo y generándose normas de de-

(\*) Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario. Codirec-

tora y Directora Ejecutiva de la Revista de Instituciones Europeas.

recho nacional. Pero en las materias cedidas rigen los Tratados y los actos de las Instituciones o derecho derivado.

Ahora bien, ambos ordenamientos, el interno y el comunitario, tienen unos mismos destinatarios, las personas físicas y jurídicas, y coexisten en cada Estado miembro. El hecho de que ambos ordenamientos compartan los mismos sujetos de derecho hace que se genere una frecuente relación entre la norma comunitaria y la norma nacional. Pues bien, esas relaciones entre el Derecho Comunitario y el derecho interno están condicionadas por los principios de eficacia o aplicación directa y primacía del Derecho Comunitario. Como ha señalado el TJCE en su Dictamen 1/91 sobre el *Espacio Económico Europeo* (EEE), «los rasgos esenciales» del ordenamiento jurídico comunitario son «su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos» (1).

Aunque el TJCE afirmó en la sentencia *Van Gend en Loos* que la Comunidad constituye «un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional» (2), más tarde pondría el énfasis en el carácter nuevo del Derecho Comunitario, sin situarlo en la esfera del Derecho Internacional al declarar en la sentencia *Costa c. ENEL* que es «un ordenamiento jurídico propio» creado por los Tratados e «integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros» (3).

Desde luego, el Derecho Comunitario debe su nacimiento a normas de Derecho Internacional, y en el mismo se regulan relaciones entre Estados, pero es bien evidente que los Tratados y los actos de las Instituciones desbordan el marco internacional clásico de las relaciones entre Estados para incorporar como destinatarios de esas normas a los nacionales de sus Estados miembros y a los propios poderes públicos de los Estados. El TJCE ha confirmado, refiriéndose al Tratado CEE, que «aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho» (4). Además, el Derecho Comunitario derivado se adopta por las Instituciones en un proceso complejo en el que no siempre están representados los Estados miembros como tales (por ejemplo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Banco Central Europeo).

Esa autonomía respecto del Derecho Internacional permite desvanecer cualquier condición de paridad y de reciprocidad en la formación y en la aplicación, respectivamente, del Derecho Comunitario. En efecto, los Estados miembros participan en diferente medida en las Instituciones y órganos con un voto ponderado o proporcional, o con un número diverso de nacionales. Únicamente hay paridad en relación con la atribución de competencias en el momento de la adhesión y en posteriores reformas: los poderes y ámbitos de actuación de las Instituciones son fruto de una atribución paritaria. Considerados en su conjunto, los Estados miembros adquieren los mismos compromisos, si bien es cierto que los

(1) Dictamen 1/91 de 15.12.1991 sobre el EEE, fund. 21, aún no publicado en la Recopilación, pero su texto íntegro puede verse en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1992-1, pp. 226-259. Vid. A. VALLE GALVEZ, «La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico

Europeo», *Rev. de Instituciones Europeas*, 1993-1, pp. 155-193.

(2) Sentencia de 5.2.1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, p. 23.

(3) Sentencia de 15.7.1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, p. 1158.

(4) Dictamen 1/91, cit. (núm. 1), fund. 21.

propios Estados miembros pueden acordar un régimen excepcional para algún Estado miembro (5).

Por otra parte, los Estados miembros, al aceptar los compromisos de los Tratados no pueden condicionar, ni expresa ni tácitamente, sus obligaciones al cumplimiento por todos los Estados miembros. La cláusula de reciprocidad, que aparece en numerosos convenios internacionales («a reserva de cumplimiento por la otra Parte»), es inconcebible en la aplicación de los Tratados y de los actos de las Instituciones y, por ello, el Tribunal la ha rechazado cuando algún Estado ha invocado esa condición para justificar su propio incumplimiento señalando que «los Tratados no se limitan a crear obligaciones recíprocas» (6).

Pero el Derecho Comunitario tampoco es derecho interno, aunque se integra —como decía la sentencia *Costa c. ENEL*— en los sistemas jurídicos nacionales sin perder su calidad de Derecho Comunitario. Luego, forma parte del derecho que se aplica en cada Estado miembro, pero no se confunde con el derecho interno: el Derecho Comunitario no es derecho interno (no es derecho español, no es derecho francés, belga, etc.), ni obedece en su formación ni en sus efectos a las normas del procedimiento normativo interno.

Quiere esto decir que cuando las Instituciones ejercen las competencias atribuidas, las ejercen en el respeto a los Tratados: se deben atener a los procedimientos de producción normativa establecidos en cada caso en las normas comunitarias, y a la consecución de los objetivos fijados en las mismas, y no al procedimiento legislativo o reglamentario de un determinado Estado ni a objetivos de política nacional; la entrada en vigor, la publicación y los efectos jurídicos de la norma comunitaria se rigen por los Tratados y no por el derecho de los Estados miembros; igualmente, los medios de recurso jurisdiccional contra los actos de las Instituciones son los previstos en los Tratados, y la Institución competente con carácter exclusivo es el TJCE: se pronuncia sobre las competencias respectivas de la Comunidad y de sus Estados miembros en las materias regidas por los Tratados, garantizando la autonomía del sistema jurídico comunitario, conforme al artículo 164 CEE.

En definitiva, el Derecho Comunitario no se somete a los principios ni a los modos de producción normativa, ni a los efectos jurídicos establecidos en la Constitución y restantes normas internas de los Estados miembros. Precisamente el TJCE, en la sentencia *Van Gend en Loos* (7), situó al Derecho Comunitario «independiente de la legislación de los Estados miembros» y en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* extrajo importantes consecuencias de su autonomía, rechazando «recorrir a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad», pues el derecho derivado nace de «una fuente autónoma» (8). Ade-

(5) El Tratado de la Unión Europea, acordado en Maastricht, ha utilizado de forma significativa este tipo de regímenes excepcionales para dos Estados miembros: en materia de Unión Económica y Monetaria para el Reino Unido y Dinamarca y en materia de política social también para el Reino Unido.

(6) Sentencias de 13.11.1964 (*Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*, 90-91/63), p. 1221;

26.2.1976 (*Comisión c. Italia*, 52/75), p. 277; 25.9.1979 (*Comisión c. Francia*, 232/78), p. 2739; 14.2.1984 (*Comisión c. Alemania*, 325-82), p. 793. Vid. G. Wils, «The concept of reciprocity in EEC Law: an exploration into these realms», *Common Market Law Review* 1991-2, pp. 245-274.

(7) Citada (nota 2), p. 23.

(8) Sentencia de 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, p. 1135.

más, las categorías y nociones del Derecho Comunitario no coinciden, necesariamente, con las categorías y nociones del derecho nacional, ya que aquéllas se determinan en función de las exigencias del Derecho Comunitario y de los objetivos de los Tratados (9).

## II. La eficacia directa del Derecho Comunitario

### 1. Fundamento y significado: la jurisprudencia Van Gend en Loos

Eficacia directa de las normas comunitarias significa que éstas deben desplegar, por sí mismas, plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. En consecuencia, crean derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), las cuales tienen la obligación de salvaguardar esos derechos y obligaciones.

La noción de la eficacia directa ha sido —como ha señalado P. Pescatore— «una auténtica opción jurisprudencial» (10), y su contribución a la misma ha sido total. Pero tampoco ha sido una invención del Tribunal de Justicia: ha deducido este rasgo esencial mediante una metodología interpretativa de los Tratados, basada en «su espíritu, su economía y sus términos», es decir, sirviéndose, en particular, de los métodos de interpretación sistemático y teleológico: mostrar la coherencia y los objetivos de la norma en el marco de las finalidades últimas de los Tratados a cuya realización el Tribunal de Justicia debe contribuir (11).

Igualmente, el Tribunal se ha referido al principio del efecto útil, al interpretar el contenido y las finalidades de los Tratados, rechazando aquellas interpretaciones de los Tratados que hagan perder, debilitar o limitar el efecto útil de los mismos, y se inclina por una interpretación que les dé un significado actual, adecuado a la evolución de los conceptos y de las necesidades nuevas. La construcción de este principio está estrechamente unida a referencias constantes a la estructura y objetivos de la Comunidad, a la especificidad y a la autonomía de su ordenamiento, y a la participación de los pueblos de los Estados miembros en la construcción europea.

(9) Con carácter general el TJCE ha mostrado su prevención hacia el trasvase de las nociones jurídicas nacionales hacia el Derecho Comunitario y de los objetivos de los Tratados en la sentencia de 6.10.1982 (*CILFIT*, 283/81), *Rec.* 1982, pp. 3429-3431.

(10) P. PESCATORE, «Aspectos judiciales del acervo comunitario», *Rev. de Instituciones Europeas*, 1981-2, p. 351.

(11) Los artículos 7 CECA, 4 CEE y 3 EURATOM, piedras claves del edificio institucional comunitario, incluyen al Tribunal de Justicia entre las Instituciones que deben ejercer las competencias atribuidas para lograr «la realización de las funciones asignadas» a cada Comunidad. El

TJCE ha confirmado en su Dictamen 1/91 que «debe garantizar el respeto de un ordenamiento jurídico particular y contribuir a su desarrollo con el fin de alcanzar los objetivos enunciados en los artículos 2, 8 A y 102 A del Tratado CEE y de realizar entre los Estados miembros una Unión Europea» (cit. (n. 1), fund. 50). Esos preceptos del antiguo Tratado CEE se refieren a los objetivos del mercado común, del mercado interior y de la Unión Económica y Monetaria; en el Tratado de la Unión Europea los objetivos se han reformulado en los artículos B (disposiciones comunes), 2, 7 A y 102 A del Tratado de la Comunidad Europea.

El Tribunal de Justicia tuvo una oportunidad bastante temprana de referirse al principio de la eficacia directa en 1963 en la justamente célebre sentencia *Van Gend en Loos* de 1963 (12). Aunque la doctrina del efecto directo nos pueda parecer hoy elemental y de fácil comprensión, especialmente en los sistemas monistas o de unidad de ordenamientos, como el español, sin embargo en aquel momento, y especialmente en los sistemas dualistas, no se aceptaba la posibilidad de que una norma no nacional pudiera por sí misma crear derechos y obligaciones para los particulares. Precisamente en el caso *Van Gend* tres Estados miembros (Países Bajos, Bélgica y Alemania) y el abogado General K. ROEMER se opusieron a que el Tribunal de Justicia declarara el efecto directo de la norma objeto del litigio.

Los hechos son los siguientes: una empresa neerlandesa (*Van Gend en Loos*) compraba productos químicos en Alemania satisfaciendo unos determinados derechos aduaneros a su entrada en Holanda; la empresa comprueba que la administración de hacienda neerlandesa había aumentado los aranceles desde el 1 de enero de 1958 (fecha de entrada en vigor del TCEE) a pesar de que el Tratado dispone en su artículo 12 que: «Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya esté aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas». El Tribunal administrativo neerlandés planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE a fin de dilucidar si un particular puede hacer valer, basándose en dicho precepto, derechos individuales (no abonar más aranceles que los que hubiera con anterioridad al 1 de enero de 1958) que el juez nacional debe salvaguardar y, por tanto, si los nuevos aranceles aplicados eran un aumento ilícito en el sentido del artículo 12 CEE.

Obsérvese que dicho artículo únicamente se refiere a los Estados como sujetos de una obligación de «stand still» (no deben aumentar los aranceles existentes ni crear nuevos aranceles o medidas de efecto equivalente) pero no menciona a los particulares como sujetos o destinatarios de un derecho (no abonar nuevos o mayores aranceles). La defensa de los Países Bajos puso de relieve que el artículo 12 CEE no obliga más que a los Estados miembros, los cuales son libres de decidir la forma en que entienden respetar esta obligación; el artículo 12 no tendría efectos internos y, por tanto, no podría tener efecto directo. Así pues, la cuestión quedaba planteada: ¿Puede un particular hacer valer un supuesto derecho a partir de una obligación establecida *entre* Estados?. En el fondo, también lo que se está dilucidando es si un particular puede exigir a un Estado miembro el cumplimiento de una obligación internacional establecida en una norma comunitaria.

Para el Tribunal, dado que el objetivo del Tratado CEE es «instituir un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los sometidos a la jurisdicción de la Comunidad, implica que este Tratado constituye algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones mutuas entre los Estados contratantes»; en otras palabras más gráficas, el Tratado CEE no es un tratado como otros muchos, es «algo más» que una norma internacional pues expresa la existencia de unas complejas relaciones que desbordan las iniciales relaciones entre

(12) Cit. (n. 2).

los Estados que cooperaron en la adopción de los Tratados. En los años noventa el TJCE hubiera dicho que el Tratado CEE es la «carta constitucional» de una Comunidad de Derecho...

El principio de eficacia directa de las normas comunitarias se funda en el carácter objetivo de los Tratados. En efecto, el respeto a los Tratados y a los actos de las Instituciones se impone a cualquiera (Estados miembros, Instituciones y particulares) que se vea afectado por el campo de acción de una norma comunitaria.

El TJCE considera que las disposiciones de los Tratados, aunque destinados en principio a regular relaciones interestatales, pueden ser invocadas por los particulares y que éstos deduzcan, de las obligaciones asumidas por los Estados, derechos en su favor protegibles por las jurisdicciones nacionales. El Tribunal apoya esa opción, en primer lugar, desde una concepción de una Comunidad de pueblos frente a la estricta organización de Estados. Las Comunidades Europeas son también «algo más» que unas organizaciones internacionales: son una Comunidad de pueblos y una Comunidad de Estados.

En efecto, el proceso de la integración «contempla a los pueblos» pues los Tratados convocan, además de a los Gobiernos a través del Consejo, a los pueblos de los Estados miembros a participar en la construcción europea mediante «la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales» y que éstos «están llamados a colaborar por medio del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social al funcionamiento de esta Comunidad».

Estos argumentos tienen una irreproachable buena coherencia con nuestros sistemas constitucionales ya que las Comunidades Europeas se crean en virtud de las atribuciones, en materias restringidas, de «derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales». En efecto, en todas las Constituciones de Estados democráticos la soberanía reside en el pueblo (no en las Instituciones del Estado) y del pueblo emanan los poderes del Estado (art. 1.2 de la Constitución española). Luego, lo que se dilucida en las normas comunitarias es el ejercicio de derechos y obligaciones en el marco de la creación de un mercado común que puede afectar directamente a los particulares.

En segundo lugar, el Tribunal opone a los Estados miembros sus propios actos, es decir, las obligaciones asumidas en los Tratados y su compromiso de respeto (art. 5 TCEE, 86 TCECA y 192 TCEEA), así como haber aceptado el mecanismo de la cooperación judicial —el *recurso prejudicial* del artículo 177 TCEE (41 TCECA y 150 TCEEA) mediante el cual los Estados han reconocido que las personas físicas y jurídicas puedan hacer valer derechos y obligaciones contenidos en las normas comunitarias ante los jueces nacionales en favor de sus pretensiones. De otro modo, el recurso prejudicial no se entendería ni estaría justificado si las disposiciones de los Tratados y del derecho derivado afectasen únicamente a los Estados miembros: ¿por qué un juez nacional puede estimar necesaria una sentencia del TJCE, interpretativa o de apreciación de la validez de un acto, para emitir su fallo? Porque debe dirimir ese litigio declarando los derechos y las obligaciones de las partes aplicando directamente una norma comunitaria.

Luego, las normas comunitarias, por sí mismas, pueden crear derechos y obligaciones que entran a formar parte del patrimonio jurídico de los particulares con independencia de la legislación de los Estados miembros. No precisan, pues, que una norma interna reproduzca su contenido y transforme su origen (salvo la obligación de transposición de las directivas) y se pueden hacer valer ante todos aquellos a quienes conciernan (instituciones comunitarias, poderes públicos internos y también —como veremos en asuntos posteriores— a otros particulares).

La creación de derechos y obligaciones para los particulares puede venir contemplada en una norma comunitaria no solamente como resultado de una deliberada actitud de los Estados miembros (al modo clásico del Derecho Internacional) atribuyendo explícitamente el derecho a su favor o una obligación a su cargo, «sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias». En efecto, en los Tratados hay disposiciones que de forma clara y expresa establecen directa y exclusivamente derechos y obligaciones para los particulares (así los arts. 85, 86... CEE). Pero precisamente el valor excepcional de la sentencia *Van Gend* es que declara efectos para los particulares de una obligación de abstención impuesta a los Estados miembros.

En ese párrafo y en otro posterior, el Tribunal de Justicia sitúa en un marco de teoría general del derecho la necesaria correlación entre obligación y derecho, obligación de los Estados de no aumentar los aranceles y derecho de los particulares a confiar en los compromisos de los Estados («estoppel» o vinculación del Estado a sus propios actos) y beneficiarse de su cumplimiento. Es cierto que en este supuesto no hay una invocabilidad estricta fundada en el destinatario concreto del derecho (que no lo hay) sino en una invocabilidad amplia («los beneficiarios»), la cual es más que suficiente para el TJCE: «el hecho de que este artículo [12 CEE] designe a los Estados miembros como sujetos de la obligación de abstenerse no implica que sus nacionales no puedan ser los beneficiarios de ella».

En consecuencia, el Tribunal de Justicia acepta: — que las normas de los Tratados pueden producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos, por sí mismas, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas sean un obstáculo para su aplicación;

— que los particulares pueden hacer valer ante los jueces nacionales y éstas deben asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y proteger los derechos individuales.

## 2. Criterios para determinar la eficacia directa

La calificación de norma de efecto directo es una operación compleja y en ocasiones difícil. A diferencia de la primacía que es una noción absoluta que se predica de toda norma comunitaria, la aplicación directa, como certeramente ha observado D. CARREAU, es una noción restringida que hay que determinar caso



por caso, a modo de una construcción pretoriana (13). El Tribunal de Justicia en el asunto Van Gend formuló varios requisitos que debería reunir una norma comunitaria para producir efectos jurídicos inmediatos y los amplió en otras sentencias sobre efecto directo en los años sesenta; pero su jurisprudencia se ha estabilizado y simplificado, manteniendo ya de forma reiterada y constante únicamente dos requisitos:

— primero, que la norma comunitaria ha de ser «clara y precisa» o «suficientemente precisa» (14), en el sentido de que funde una obligación concreta, desprovista de ambigüedades;

— segundo, que su mandato sea incondicional, en el sentido de que no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias (15).

La precisión e incondicionalidad se reúnen también aunque «el sentido y el alcance exacto de la disposición puedan plantear cuestiones de interpretación» pues tales cuestiones «son susceptibles de ser resueltas por la vía judicial, teniendo en cuenta también el procedimiento previsto en el artículo 177» (16).

Lo que importa es que el beneficiario y el derecho protegible deben estar bien definidos en la propia norma comunitaria sin necesidad de normas de ejecución nacionales o comunitarias. Esa incondicionalidad y precisión no se verían alteradas por el hecho de que la directiva, por su propia naturaleza, esté sujeta a la intervención legislativa de los Estados miembros. El TJCE abandonó, en la sentencia *Salgoil* (17) el requisito de la no sujeción a intervención legislativa establecido en la sentencia Van Gend: aunque esté pendiente de una intervención normativa interna, este hecho no privaría necesariamente, *ipso facto*, a la disposición comunitaria de efecto directo. Únicamente le privaría de efecto directo si la intervención ulterior del Estado viene prevista expresamente por la norma comunitaria y es un complemento indispensable sin el cual no pudiera aplicarse. En el resto de los casos, cuando la intervención del Estado resulte únicamente de la necesidad de aplicar el Tratado o no hubiera tenido lugar en los plazos previstos, la norma sería directamente aplicable.

(13) D. CARREAU, «Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?», *RTDE*, 1978-3, p. 396.

(14) Utiliza las dos fórmulas para expresar la exigencia de precisión en el mandato o contenido normativo, si bien se observa en los últimos años que la segunda fórmula es predominante.

(15) El Tribunal ha matizado que «la facultad del Estado miembro de elegir entre una multiplicidad de medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una directiva no excluye la po-

sibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la directiva» (sentencia de 19.11.1991, *Francovich*, C-6/90 y 9/90, no publicada, fund. 17; ver en *RIE* 1992-1, pp. 213 y ss.)

(16) Sentencia de 4.12.1974, *Van Duyn*, 41/74, f. 14.

(17) Sentencia de 19.12.68, *Salgoil*, 13/68, p. 661.

### 3. La plenitud de la eficacia directa de los Tratados y de los reglamentos

#### A) OBLIGACIONES DE NO HACER Y DE HACER

En la sentencia *Van Gend en Loos* y en otras posteriores el Tribunal de Justicia se pronunciaba a favor del efecto directo de una obligación de no hacer en el marco de las denominadas relaciones verticales (particulares frente al Estado); en otras posteriores sentencias ha afirmado también el efecto directo de los Tratados en relación con obligaciones de hacer del Estado y en las relaciones horizontales o entre particulares.

Respecto a las *obligaciones de hacer* en la sentencia *Lütticke* (18) el Tribunal estimó que también producen efectos inmediatos y engendra derechos para los particulares que las jurisdicciones deben proteger. En efecto, cuando una norma como el artículo 95.3 CEE, clara e incondicional, establece una obligación de eliminar o modificar las disposiciones contrarias al principio de no discriminación en materia fiscal (art. 95.1 CEE) en un determinado plazo, como dicha obligación no deja margen de apreciación a su vencimiento, el *incumplimiento* de la obligación de hacer la transforma en obligación de abstenerse de aplicar aquellas normas que tenía que haber eliminado o modificado la autoridad en cuestión. Esta jurisprudencia ha tenido una extraordinaria importancia a la hora de enjuiciar distintos sectores de los Tratados (libre circulación de mercancías, establecimiento...) que imponían a los Estados o al Consejo un plazo determinado.

#### B) RELACIONES VERTICALES (PODERES PÚBLICOS-PARTICULARES) Y RELACIONES HORIZONTALES (ENTRE PARTICULARES)

El efecto directo también es invocable, no sólo en las relaciones del particular con las administraciones públicas (como los casos *Van Gend en Loos*, *Salgoil* o *Lütticke*), sino en las *relaciones entre particulares* o relaciones horizontales, en las que el sujeto de la obligación reclamada es un particular. Así, en la sentencia *Walrave* (también conocida como «Unión Ciclista Internacional»), el TJCE se pronunció a favor del efecto directo de los artículos 7 y 48 CEE (libre circulación de trabajadores y principio de no discriminación en materia laboral en razón de la nacionalidad) en las relaciones entre particulares, en un caso que afectaba a una relación jurídica de deporte profesional, regulada mediante contrato individual, y la reglamentación de una organización privada (la UCI) (19).

También en el marco de las relaciones contractuales de carácter laboral, como las que vinculaban a la Compañía aérea belga «Sabena» con la azafata *Defrenne*, el Tribunal estimó que el artículo 119, sobre no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos, «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende, igualmente, a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a

(18) Sentencia de 16.6.1966, *Lütticke*, 57/65, p. 302. En materia de libre establecimiento, sentencia de 21.6.1974, *Reyners*, 2/74, fun. 30-32.

(19) Sentencia de 12.12.1974, *Walrave*, 36/74, p. 1405.

los contratos entre particulares» (20). Esto significa que, como el artículo 119 «impone a los Estados una obligación de resultado que debía ser imperativamente realizada en un plazo determinado», esa obligación de resultado, como ha señalado J. V. LOUIS, no es exclusiva de la intervención de la autoridad judicial, y el artículo 119 debe ser aplicado directamente en las relaciones entre particulares (21). Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los administrados, frente a discriminaciones establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo (22).

### C) LA PLENITUD DE EFICACIA DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

La misma eficacia plena le ha sido reconocida al *reglamento* en cuanto a la creación de derechos y de obligaciones, tanto respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, como en las relaciones verticales y horizontales, por su naturaleza misma y su función en el sistema de fuentes del Derecho Comunitario: el artículo 189 CEE dice que «será directamente aplicable», luego «produce efectos inmediatos y, en cuanto tal, confiere a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben proteger», y que este efecto «se opone a la aplicación de cualquier medida legislativa, incluso posterior, incompatible con sus disposiciones» (23).

El TJCE hizo unas importantes precisiones en el asunto *Leonesio* sobre la integración de las normas de efecto directo en los derechos internos, en relación con un reglamento que otorgaba unas primas a los ganaderos por el sacrificio de vacas lecheras. Ante la alegación de Italia de que dicho reglamento estaría subordinado a la adopción previa, por el Parlamento italiano, de una ley que acordase los créditos necesarios, el Tribunal afirmó que el derecho a las primas nacían del reglamento mismo, cuando se reunían sus condiciones, sin que fuera posible subordinar el ejercicio de ese derecho a otras disposiciones de aplicación no exigidas por el propio reglamento, de tal manera que los particulares puedan invocarlo, sin que le sean oponibles disposiciones o prácticas de orden interno (24). Lo que interesa ahora destacar no es tanto la importante declaración de primacía sobre las disposiciones constitucionales en materia presupuestaria, como la protección del derecho individual, a pesar de la falta de norma nacional de ejecución.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia ha reiterado en muchas sentencias que el reglamento, por sus características, no ofrece dudas en cuanto a su efecto directo, pero también ha advertido en la sentencia *Schlüter* que no es la forma o denominación la que le confiere la eficacia directa: las disposiciones de un reglamento, para que tengan efecto directo, deben reunir los requisitos exigidos de claridad, precisión y no dejar margen de apreciación a las autoridades (25).

(20) Sentencia de 8.4.1976, *Defrenne II*, 43/75, fund. 39.

(21) J. V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Luxemburgo, 1990, 5.ª ed., p. 112.

(22) Sentencia *Defrenne*, cit. (n. 20), fund. 40.

(23) Sentencia, de 14.12.1971, *Politi*, fund. 9.

(24) Sentencia de 17.5.1972, *Leonesio*, 93/71, fund. 6 y 22.

(25) Sentencia de 24.10.1973, *Schlüter*, 9/73, p. 1158.

#### 4. La eficacia directa de las decisiones y de las directivas

##### A) LA EFICACIA DIRECTA DE LAS DECISIONES DIRIGIDAS A LOS ESTADOS MIEMBROS

Cuando el TJCE extendió este carácter a las decisiones y, en determinadas condiciones, a las directivas, la asignación de efecto directo a las directivas causó cierta perplejidad y, en algún caso, oposición (Consejo de Estado en Francia). En efecto, una directiva es una norma obligatoria para los Estados destinatarios, e impone una obligación de resultado que debe ser alcanzado al vencimiento del plazo fijado por la directiva misma; una directiva correctamente ejecutada en plazo no genera por sí misma derechos y obligaciones para los particulares sino a través de la norma de transposición o aplicación adoptada por el Estado miembro.

El caso de las decisiones es más comprensible pues «la decisión será obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios» (art. 189, párr. 4 CEE), aunque nada se dice sobre su aplicabilidad. Pues bien, el TJCE aceptó, por vez primera en la sentencia *Grad*, la invocabilidad de una decisión relacionada con una directiva; afirmó que, además de los reglamentos, otros actos contemplados por el artículo 189 TCEE (como las decisiones y las directivas), dado su carácter obligatorio, podrían producir efectos análogos. Puesto que una decisión es obligatoria en todos sus elementos (art. 189, párr. 4 CEE) para el destinatario que designe, sería incompatible con ese carácter la exclusión de su invocabilidad por las personas afectadas, y su efecto útil se vería debilitado si los justiciables no pudieran hacer valer la conducta establecida en la decisión ante las jurisdicciones nacionales. El Tribunal reconoce que, si bien los efectos de una decisión no son idénticos a los de un reglamento, esa diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo: hacer valer el derecho que la norma genera ante las autoridades públicas (26).

En la sentencia *SACE* aceptó la aplicación directa de una disposición de una directiva, cuyo plazo de ejecución ya había vencido, en combinación con otros preceptos de los tratados (27).

El argumento basado en la obligatoriedad de los actos típicos del derecho derivado fue decisivo para que el Tribunal aceptase extender el efecto directo a las decisiones, y quebrase el monopolio de ese carácter por el reglamento. El Tribunal sigue una línea coherente en las sentencias *Grad* y *SACE*: hace abstracción de la calificación formal o nominal del acto de derecho derivado. En la sentencia *SACE* dice que «conviene considerar no solamente la forma del acto en causa, sino su contenido sustantivo, así como su función en el sistema del tratado» (28) a la hora de averiguar si crea derechos u obligaciones para los particulares, y examina, en función del contexto y de los objetivos perseguidos por la decisión o por la directiva, si sus disposiciones pueden tener efecto directo, es decir, si generan derechos exigibles por los ciudadanos (29).

(26) Sentencia de 6.10.70, *Grad*, 9/70, fund. 5.

(27) Sentencia de 17.12.1970, *SACE*, 33/70, p. 1223.

(28) Fund. 13.

(29) Según el Tribunal «conviene, pues, exa-

minar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición de que se trata son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario del acto y los

Este conjunto de sentencias, referidas a decisiones dirigidas a Estados miembros, reconociendo su eficacia directa, abrieron la posibilidad al reconocimiento del mismo efecto en las directivas. También allanó el camino a la eficacia directa de las directivas la sentencia *Schlüter* de 1973, a la que me he referido con anterioridad (30), pues señalaba que en los reglamentos, a pesar de que este efecto está expresamente previsto, sin embargo, hay que apreciar el contenido (precisión e incondicionalidad) de la norma para atribuirle ese efecto directo; luego, en las directivas, aunque expresamente se excluye la eficacia directa, al estar sujetas a una condición (la transposición al orden interno), sin embargo, una vez vencido el plazo dado para la ejecución, se debe analizar el contenido de la norma (precisión y ausencia de márgenes de apreciación) para determinar la producción de efectos directos.

Esta sólida y coherente jurisprudencia conduce a pensar, como lo hace el antiguo juez P. Pescatore, que el Tribunal considera la eficacia directa como «el estado de cosas normal» y que «cualquier norma del derecho comunitario, cualquiera que sea su forma y su fuente, ha sido instituida para ser prácticamente operativa», y sólo se podría «desechar su aplicación en los casos excepcionales en que se demuestre que es inoperante, bien por su contenido, bien por otras circunstancias». No es un problema de naturaleza jurídica; su contenido nos dirá si produce consecuencias prácticas (31).

#### B) LA EFICACIA DIRECTA DE LAS DIRECTIVAS

Poco después de los pasos dados en las sentencias *Grad*, *SACE* y *Schlüter*, en el caso *Van Duyn* (32), relativo a una señora neerlandesa que se desplazó al Reino Unido para trabajar en una secta, y se le denegó la entrada, aplicando una norma británica que permite alegar como motivo el interés general, el TJCE reconoció la invocabilidad por los particulares de los derechos que se deduzcan de una directiva, en sí misma considerada, cuyo plazo de ejecución había vencido. El problema planteado no era el efecto directo del artículo 48 CEE sobre libre circulación de trabajadores, sino la invocabilidad del artículo 3.1, de la Directiva 64/221, sobre medidas justificadas de orden público, de seguridad pública y de salud pública, que prevé que la aplicación de medidas de orden público debe estar fundada, exclusivamente, en el comportamiento personal del interesado; esa disposición no estaba condicionada ni precisaba de ningún acto de ejecución.

El TJCE reitera los argumentos que, desde la sentencia *Grad*, se repitieron en otras muchas, pero añadiendo otro nuevo: «que el artículo 177 CEE, que permite a las jurisdicciones nacionales recurrir al Tribunal sobre la validez y la interpretación de todos los actos de las Instituciones, sin distinción, implica, por otra parte, que estos actos son susceptibles de ser invocados ante ellas por los sometidos a dichas jurisdicciones». De nuevo, el TJCE utiliza un argumento basado en la propia voluntad de los Estados, expresada en los Tratados al crear el pro-

terceros», Sentencias de 21.10.1970, *Lesage*, 20/70 y *Haselhorst*, 23/70, pp. 881 y 894, fun. 6.

(30) Sentencia *Schlüter*, cit. (n. 25), p. 1158.

(31) P. PESCATORE, *loc. cit.*, p. 352.

(32) Sentencia de 4.12.1974, *Van Duyn*, 41/74, fund. 12 y 13.

cedimiento prejudicial, en perfecta coherencia con su argumentación general sobre el efecto directo en la sentencia *Van Gend en Loos*. En la sentencia precisó, además, que el reconocimiento de efecto directo se limita a la obligación invocada, «aunque haya sido enunciada en un acto normativo que no tenga de pleno derecho un efecto directo en su conjunto». Por ello, aunque una directiva no sea en su totalidad susceptible de efecto directo, no impide que alguna o algunas de sus disposiciones sí puedan ser invocadas por los particulares y aplicadas por los poderes públicos.

El Tribunal concluye afirmando que esa disposición de la directiva, no ejecutada a su vencimiento en el Reino Unido, engendra derechos en favor de los particulares que los jueces deben salvaguardar, si bien justifica la denegación de entrada amparándose en la propia directiva.

Pero habría de ser en las sentencias *Ratti* y *Becker* en las que el Tribunal de Justicia sistematizase y ahondase en su doctrina del efecto directo de las directivas, ante la contestación que se había generado en el Consejo de Estado en Francia con el asunto *Cohn Bendit* (33), y las dificultades que se hacían notar en los Tribunales financieros en Alemania.

En el asunto *Ratti* (34) se planteaban dos problemas distintos en función del plazo de vencimiento de sendas directivas. De un lado, la Directiva 73/173 sobre clasificación, embalaje y etiquetado de disolventes, cuyo plazo de ejecución había vencido sin que Italia la hubiera desarrollado en su derecho interno, y cuya adaptación consistía en eliminar una ley sobre esa misma materia, y cuya infracción conlleva la aplicación de sanciones penales. El señor Ratti había ajustado la producción de disolventes a las prescripciones de la directiva, pero fue procesado por no atenerse a la ley italiana en vigor. De otro lado, se planteaba el efecto de la Directiva 77/728 sobre pinturas y barnices, cuyo plazo de ejecución no había expirado en el momento de los hechos; aquí también el señor Ratti ajustó la producción de su empresa a esta segunda directiva, por lo que se abrió otro procedimiento penal contra él (35), aunque este supuesto nos importa menos ahora.

En la sentencia *Ursula Becker* se plantea la invocación de un artículo de la Directiva 77/388 sobre armonización fiscal, en la que se establecía que, a partir de su vencimiento, ciertas operaciones crediticias estarían exoneradas de un impuesto. Expirado el plazo de ejecución, Alemania no había transpuesto la directiva, y pretendió seguir percibiendo ese impuesto que los operadores de créditos se negaban a ingresar.

(33) Conseil d'Etat, 22 de diciembre de 1978, «Ministère de l'Intérieur c. Daniel Cohn-Bendit», en *RTDE*, 1979-1, pp. 388-399.

(34) Sentencia de 5.4.1979, *Ratti*, 148/78, f. 24.

(35) En esta segunda directiva, el Tribunal excluye que un particular se acoja a una directiva no transpuesta y cuyo plazo de ejecución no ha vencido como excusa para incumplir la ley interna y declara que «no puede producir en la esfera jurídica del particular que se haya atendido a las disposiciones de dicha directiva antes de la expi-

ración del plazo de adaptación previsto para el Estado miembro, ningún efecto que pudiera ser tomado en consideración por los órganos jurisdiccionales nacionales» (fallo).

Si un Estado miembro introduce sus disposiciones en el derecho interno antes del término, esta circunstancia no produce efectos respecto de otros Estados miembros (por ejemplo, en relación la libre circulación de mercancías) (*Ratti*, cit., f. 45).

Se observa claramente en ambas sentencias que el TJCE condiciona la invocabilidad de una directiva y su efecto directo a la expiración del plazo dado a los Estados para su adaptación interna y, en consecuencia, a la ausencia, a la insuficiencia o deficiencias en la adaptación (36). Esta circunstancia es una condición *sine qua non* para el efecto directo de una directiva.

Además de esa circunstancia, el TJCE exige siempre que la disposición invocada de una directiva cumpla los requisitos generales del efecto directo: que, desde el punto de vista de su contenido, sea una disposición suficientemente precisa e incondicional.

El Tribunal de Justicia nunca ha afirmado que una directiva sea directamente aplicable pues, «en todos los casos en que una directiva ha sido correctamente aplicada, sus efectos alcanzan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado» (37). El efecto directo de la directiva únicamente emerge cuando un Estado no lleva a cabo la transposición adecuada de la directiva en el plazo fijado.

En ambas sentencias, el Tribunal deduce el carácter obligatorio de la directiva para el Estado destinatario del artículo 189.3 CEE: la directiva «obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba alcanzar»; luego, sería incompatible con su carácter imperativo exonerar al Estado de su cumplimiento. Su efecto útil se encontraría debilitado si los justiciables se vieran impedidos de alegarlas y los jueces impedidos de tomarlas en consideración en cuanto elemento del derecho comunitario (38).

En otra sentencia, al ser preguntado directamente sobre el fundamento jurídico preciso de la invocabilidad de una directiva frente a normas nacionales (39), completará su argumentación jurídica añadiendo el artículo 5 CEE (86 CECA y 192 EURATOM) (40), relativo al principio de cooperación o de lealtad para con los compromisos asumidos: la combinación de los dos preceptos (arts. 5 y 189.3) fundamentan el derecho del particular a invocar en su favor una directiva no ejecutada, e impiden al Estado miembro sustraerse a las obligaciones que la directiva impone.

Aunque no aparece en la argumentación del Tribunal, se entiende que, además del principio de respeto a las obligaciones adquiridas (art. 5 CEE), hay algunas otras razones de fondo que sostienen el efecto directo de la directiva al transcurrir el plazo de su ejecución: los principios de aplicación uniforme y de no discriminación (art. 7 CEE, art. 6 después de la reforma de Maastricht). En caso de ejecución correcta de la directiva en un Estado, los particulares estarán

(36) En la sentencia de 19.1.1982, *Becker*, 8/81, fund. 20, se refiere no solo a la inexecución sino cuando «no ha sido correctamente ejecutada».

(37) Sentencia *Becker*, f. 19.

(38) Fund. 21 de la sentencia *Ratti* y fund. 23 de la sentencia *Becker*.

(39) Sentencia de 20.9.1988, *Moorman*, 190/87, fund. 22-24; unos años antes ya se había referido a ambos preceptos en relación con una directiva transpuesta en el derecho alemán de

forma poco eficaz, sentencia de 10.4.1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83, fund. 26.

(40) Dichos preceptos coinciden en establecer que «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

sujetos a las obligaciones y se beneficiarán de los derechos que les atribuya, mientras que, en caso de inejecución en algún Estado, los particulares no estarán sujetos a las mismas cargas ni a los mismos derechos. De ahí que, en caso de inejecución, al aflorar aquellas disposiciones susceptibles de efecto directo de la directiva, al menos se están paliando parcialmente los eventuales perjuicios que pudieran sufrir los particulares debido al propio incumplimiento de su Estado (41).

Se habrá observado que, cuando se reúnen las condiciones para la invocabilidad de una directiva, el alcance de la eficacia directa no tiene la plenitud de las normas de los Tratados y de los reglamentos. Sólo se habla de derechos del particular frente al Estado. En la directiva, el efecto directo está restringido: engendra derechos para los particulares exigibles ante el Estado. Es un efecto directo vertical «unidireccional»: no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado ni frente a otros particulares.

Sin embargo, es conveniente señalar que la jurisprudencia del TJCE ha experimentado una evolución no exenta de sorpresas e incoherencias, en torno a una misma idea (la obligatoriedad de la directiva para el Estado) en el sentido de ampliar considerablemente la noción de Estado obligado a proteger los derechos de los particulares y las situaciones en las que la intervención del Estado (mediante los jueces y otros poderes públicos) obliga a éstos a alcanzar el resultado de la directiva. La carencia de una línea homogénea y objetiva (42) le obliga a fluctuar en exceso, provocando una notable inseguridad jurídica como lo demuestran los abundantes casos planteados ante el TJCE, ya sea para saber si la disposición invocada tiene o no efecto directo, ya sea —o también cumulativamente— para saber si es una invocabilidad frente al Estado o frente a un particular.

##### 5. El efecto directo vertical de las directivas: invocabilidad de derechos respecto del Estado

En su doctrina sobre la eficacia directa de las directivas, el TJCE se funda en el carácter obligatorio de la directiva para el Estado miembro; de ahí, que el Estado tenga que soportar la alegación de los derechos que la directiva reconoce a los particulares si el propio Estado incumple sus obligaciones en relación con la directiva.

En efecto, hay que distinguir, pues, entre la obligación del Estado de transponer la directiva y las obligaciones que el texto mismo de la directiva imponga al Estado; el Estado no se puede desentender de las obligaciones que le incumben directamente ante los particulares escudándose en que no ha transpuesto la directiva.

(41) Evidentemente, el particular tiene la vía indemnizatoria ante el Estado para resarcirse si se materializa el incumplimiento del Estado cuando la directiva no es susceptible de tener efecto directo. Se trata del principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comuni-

tario que le sean imputables «inherente al sistema del Tratado» según la sentencia de 1991, *Francovich*, cit. en nota 15, fund. 35.

(42) D. CURTIN, «The effectiveness of Judicial protection of Individual Rights», *CMLRev.* 1990, pp. 737-739.



En consecuencia, el Estado miembro que no ha adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por una directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que establece la directiva. Por tanto, no puede seguir aplicando una norma interna que tenía que haber eliminado o modificado para adaptarla a la directiva: ésta debe prevalecer sobre toda disposición nacional no conforme a la directiva (43). Así pues, un Estado miembro no puede seguir aplicando una «ley interna, incluso si ésta conlleva sanciones penales, aún no adaptada a una directiva, después de la expiración del plazo fijado para su aplicación, a una persona que se haya ajustado a las disposiciones de dicha directiva» (44).

Igualmente, si el Estado tenía que adoptar determinadas medidas (en materia fiscal o en material laboral) y no las adopta en el plazo señalado en la Directiva, su propia inacción «no puede hacer malograr el ejercicio de los derechos que resultan de la Directiva para los particulares basándose en la facultad de limitar el importe de la garantía que habría podido ejercer en caso de que hubiera adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la Directiva» (45).

En estos casos, el efecto directo de las directivas aparece como un *correctivo mínimo* frente al Estado infractor (sin perjuicio de la facultad de la Comisión de iniciar el recurso por incumplimiento previsto en el art. 169 CEE o —supuesto improbable— por otros Estados miembros, art. 170 CEE); el TJCE ha afirmado que la invocabilidad directa ante el Estado es una garantía mínima, en favor de los justiciables lesionados por la inejecución de la directiva, fundado en el carácter imperativo de la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 189.3 TCEE; esa obligación se vería privada de toda eficacia si se permitiera a los Estados miembros anular, por su omisión, los efectos que en virtud de su contenido pueden producir algunas disposiciones de una directiva (46).

#### A) ALCANCE DE LA NOCIÓN DE ESTADO ANTE EL QUE ES INVOCABLE UNA DIRECTIVA

En primer lugar, la noción de Estado abarca a todas las administraciones públicas: estatal, autonómica, provincial, local e institucional. El hecho de que el Tribunal haya reiterado hasta la saciedad que el efecto directo significa que se generan derechos «que las jurisdicciones están obligadas a salvaguardar» ha llevado a cierta confusión hasta pensar que la invocabilidad del efecto directo sólo era posible si se iniciaba un proceso judicial.

El Tribunal de Justicia salió al paso de esa confusión en el asunto *Costanzo* (47) en el que una empresa hispano-italiana concurrió a la adjudicación de

(43) Sentencia de 22.2.1990, *Busseni*, C 221/88, Conclusiones del Abogado General, apartado. 52.

El Tribunal ha afirmado que «en todos los casos en que disposiciones de una directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en los plazos, contra toda disposición nacional no con-

forme a la directiva», sentencia de 23.11.1977, *Enka* 38-77, p. 2213.

(44) Sentencia *Ratti*, cit. (n. 34), f. 24.

(45) Sentencia *Franovich*, cit. (n. 15), fun. 21.

(46) Sentencia *Becker*, cit. (n. 36), fund. 29.

(47) Sentencia de 22.6.1989, *Costanzo*, 103/88, fun. 30 a 33.

Igualmente el TJCE ha declarado que una directiva se puede invocar frente a autoridades constitucionalmente independientes encargadas

unas obras públicas y el Ayuntamiento de Milán rechazó su oferta aplicando la ley italiana que había traspuesto —incorrectamente— la Directiva 71/305 sobre contratos públicos. Al invocar en la vía administrativa la disposición de la directiva frente a la norma italiana, el Ayuntamiento rechazó la reclamación estimando que la protección de los derechos de los particulares mediante la inaplicación de la ley interna no corresponde a la administración local sino a los jueces.

El TJCE se opuso a esa interpretación pues sería contradictorio permitir a los particulares la invocabilidad ante los jueces para que éstos exijan su aplicación por la administración y estimar que ésta no tiene obligación de aplicar las disposiciones de una directiva; si una directiva es invocable ante los jueces es «porque las obligaciones derivadas de sus disposiciones se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros».

En consecuencia, afirmó que si se reúnen las condiciones requeridas por la jurisprudencia del TJCE para la invocabilidad de una directiva por un particular frente al Estado, todos los órganos de la administración, incluidas las autoridades descentralizadas, como los municipios, tienen la obligación de aplicar las disposiciones de una directiva y de descartar la aplicación de las disposiciones del derecho nacional que no sean conformes. En otras sentencias anteriores, también sobre aplicación de directivas inefectadas en materia de contratos públicos, el Tribunal ya se había referido con claridad, aunque sin *deletrear* cada una de las autoridades afectadas, a la sujeción al efecto directo de las directivas de *todas las autoridades de los Estados miembros* (48).

En segundo lugar, dado que los Estados gestionan o intervienen en importantes sectores de la economía y de la sociedad y actúan como empresarios en la sanidad, en la banca, en la industria, etc., o encargan servicios de interés público a empresas concesionarias, cabe analizar si en estos casos las administraciones públicas se podrían desentender de la aplicación de las disposiciones de una directiva no transpuesta. Se trata de saber si es posible una disociación entre las actividades *iure imperii* del Estado y actividades *iure gestionis*, entre el Estado-poder público y el Estado-empresario a efectos de delimitar las relaciones verticales.

Esto se puso de relieve en el caso *Marshall*: se trataba de una empleada de los servicios de salud británicos que alega violación de la Directiva 76/207 sobre el principio de igualdad de trato al aplicársele unas normas británicas en ma-

del mantenimiento del orden y de la seguridad pública (sentencia de 15.5.1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, p. 1651).

(48) Así las sentencias de 10.4.1984, *Von Kolson y Kamann*, 14/83, fund. 26; 20.9.1988, *Greboe-Beentjes c. Países Bajos* 31/87, fund. 39.

Como señalaba la señora Laroque, Comisario del Gobierno, en sus Conclusiones sobre los asuntos *Rothmans*, *Philip Morris*, *Arizona* y *Philip Morris France*, «las autoridades administrativas deben, en el ejercicio del poder reglamentario, aplicar una nueva jerarquía de normas jurídicas». Al fin y al cabo, «treinta cinco años después

de la firma del Tratado CEE la aplicación del derecho europeo debe "banalizarse"». Si los órganos administrativos no se conforman a las normas comunitarias y aplican normas internas incompatibles «cometen una ilegalidad constitutiva de una falta que compromete la responsabilidad del Estado». Dice también, según la más pura ortodoxia comunitaria, que la obligación de descartar la aplicación de una ley incompatible con un tratado internacional o con el derecho comunitario derivado se impone no solo al juez en el examen de un litigio, sino al poder ejecutivo, es decir a la autoridad administrativa» (Decisiones del *Conseil d'Etat* (Francia) 28.2.1992).

teria de jubilación. Ante la defensa del Gobierno británico de que actuaba en los Servicios de salud en calidad de empresario, como cualquier otro particular, y por tanto no se reunía la exigencia de la invocabilidad frente al Estado para producir el efecto directo vertical, el TJCE rechazó esa disociación afirmando que cuando los particulares «pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe». Luego, ya actúe en su calidad de autoridad pública, ya actúe de forma análoga a un empresario, «el Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario» (49).

El Tribunal ha llegado a considerar en el asunto *Foster*, que enfrentaba a unas trabajadoras de la Corporación Británica de Gas con esta empresa estatal y después privatizada, en relación con la aplicación de la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato, que las disposiciones de una directiva susceptible de tener efectos directos se pueden invocar ante «un organismo que, cualquiera que sea su forma jurídica, ha sido encargado en virtud de un acto de autoridad pública de cumplir, bajo el control de esta última, un servicio de interés público y que disponga, a ese fin, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares» (50).

El Tribunal va ampliando como una mancha de aceite la noción de Estado, lo que sin duda es plausible, con la finalidad de proteger los derechos de los particulares, pero también puede originar nuevas dudas y obligar a los jueces a hacer indagaciones inciertas sobre el control que ejerce la Administración sobre ciertas empresas.

Pero lo más grave es la incertidumbre que genera sus acomodaticias concepciones del Estado. Incertidumbre para los particulares y para los órganos públicos, pues dependiendo de la norma comunitaria a aplicar, por ejemplo, el artículo 48.4 CEE (acceso a los empleos públicos), predica una noción restringida del Estado en el sentido de estricto ejercicio de autoridad pública; si se plantea el efecto directo de una directiva frente al Estado, entonces la balanza del Tribunal se inclina por una concepción amplia descubriendo actividad estatal en cualquier resquicio.

Esta doctrina «camaleónica» (en términos populares, el doble rasero o «la ley del embudo») no contribuye a la transparencia del Derecho Comunitario y de sus garantías jurisdiccionales, aunque la ingeniería jurídica del TJCE permita encontrar argumentos técnicos a esa dispar concepción del Estado animada por la encomiable protección de los particulares. Sin duda, el TJCE debe mantener su jurisprudencia sobre el artículo 48.4 CEE; pero la que debe cambiar hasta liberarse de sus formalismos es la doctrina del efecto directo vertical.

#### B) ALCANCE DE LA NOCIÓN DE PARTICULAR

Interesa resaltar que la *noción de particular* no es lo que aparenta. El Tribunal desde la sentencia *Van Gend en Loos* siempre se había referido a los admi-

(49) Sentencia de 26.2.1986, *Marshall*, 152/84, fund. 49.

(50) Sentencia de 12.7.1990, *Foster*, C-188/89, fund. 20 y 22.

nistrados, a los nacionales o a los particulares (esta es la expresión corriente en las sentencias *Van Gend* o en *Becker* o en *Marshall*). Toda su jurisprudencia había vinculado la doctrina del efecto directo de las directivas a la protección de los particulares y parecía pues que éstos eran los llamados a invocarlas.

Sin embargo, el Tribunal no puso reparos a que un poder público como un Ayuntamiento invocase una directiva frente al poder central y fuese considerado «asimilado a los particulares» (51). Si la noción del Estado es funcional y aleatoria, también lo es la de particular.

Además, en el asunto *CECA c. Acerías Busseni* (sociedad en quiebra), recurso prejudicial planteado por un tribunal italiano, el TJCE aceptó, sin explicación alguna, que una de las tres Comunidades Europeas (en definitiva, una organización internacional —de derecho público—) se acogiese al efecto directo de una recomendación CECA (equivalente a la directiva CEE), no transpuesta en Italia, sobre el carácter privilegiado de los créditos en favor de la CECA (en relación con unas exacciones sobre la producción de carbón y acero que deben satisfacer las empresas del sector directamente a la CECA). En esta sentencia el TJCE no se refiere a los particulares sino a «los justiciables», término que se viene utilizando con frecuencia desde entonces. En el fondo de esta cuestión nada hay que objetar al TJCE, salvo su silencio, pues lo relevante, es el cumplimiento de una norma obligatoria y no el carácter, público o privado, del sujeto que alega el contenido obligacional que debe cumplir el Estado miembro (52).

#### C) LA IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR OBLIGACIONES POR PARTE DEL ESTADO EN LAS RELACIONES VERTICALES

Por otra parte, como la directiva es obligatoria únicamente para el Estado, en el supuesto de que imponga obligaciones a los particulares, en defecto de transposición, el Estado no puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones a los particulares afectados (efecto directo vertical «inverso»; la directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular ni puede ser invocada contra un particular, como había afirmado en la sentencia *Marshall* (53). Lo afirmó en términos generales, de modo que no importa quien invoque la obligación, ya sea el Estado, ya sea un particular.

La cuestión del cumplimiento de las obligaciones o cargas impuestas por una directiva a los particulares se planteó en dos asuntos penales. En los asuntos *Pre-*

(51) Sentencia de 17.10.1989, *Comune di Carpaneto*, 231/87 y 129/88, fund. 33.

(52) Obsérvese que para el TJCE el Estado es «siempre Estado» cualquiera que sea la actividad que lleve a cabo; sin duda, es acertada la no distinción desde la perspectiva del efecto directo entre las actividades empresariales o delegadas por las administraciones públicas. Pero el tratamiento no es paralelo en el asunto de las *Acerías Busseni* (cit. en nota 43) cuando el TJCE se encuentra ante una institución (la Comisión en nombre de la CECA): la CECA fue considerada como un

particular a efectos de la invocabilidad y como organismo público a efectos de obtener una posición privilegiada en el orden de prelación de los créditos en una quiebra. Ciertamente, las situaciones eran algo distintas; el Estado miembro es responsable de la transposición de la directiva, a diferencia de la CECA que era la beneficiaria de la transposición de la directiva y su situación no era muy distinta a la de un particular respecto a una directiva.

(53) Sentencia cit. (n. 49), f. 48.

*tore de Salò* (54), sobre contaminación de las aguas de un río por diversos particulares en Italia, y en el asunto *Kolpinghuis Nijmegen*, «aguas minerales» (55), sobre adulteración de aguas minerales envasadas por un particular en Holanda, se planteaba la aplicación de unas Directivas que prevén el agravamiento de la responsabilidad penal de sus infractores. Una y otra directiva no habían sido transpuestas cuando sucedieron los hechos, si bien en Holanda la modificación de la legislación penal entró en vigor después de los hechos y, sin embargo, en los procedimientos penales incoados en ambos países se invocó en su contra esas directivas. El juez italiano y el juez holandés plantearon al TJCE si las autoridades nacionales podrían exigir el cumplimiento de esas directivas no transpuestas y determinar así su responsabilidad penal.

En ambas sentencias el Tribunal comunitario respondió que de una directiva no transpuesta al orden interno no pueden resultar obligaciones para los particulares ni respecto de otros particulares (relaciones horizontales) ni respecto del Estado (relaciones verticales). Precisaba así con toda claridad la afirmación implícita o global en la sentencia *Marshall*. Además, afirmó que «una directiva no transpuesta no puede tener, por sí misma e independientemente de la legislación nacional de ejecución el efecto de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que actúan en infracción de sus disposiciones» (56).

En definitiva, el Estado no puede hacer cumplir una directiva que él mismo no ha respetado y, en cambio, deberá soportar la invocación de los derechos o beneficios que los particulares puedan deducir en su favor de una directiva no transpuesta. No podrá exigir a los particulares, hasta el cumplimiento de su obligación de transposición en el orden interno, obligaciones dimanadas de una directiva no transpuesta. El restablecimiento del deseable equilibrio entre derechos y obligaciones, inherente a toda norma jurídica, está en manos del Estado infractor. El correctivo o sanción contra el Estado consiste tanto en tener que soportar la invocación por los particulares de sus derechos como en tener que renunciar a exigir el cumplimiento de las obligaciones que pudiera establecer la disposición de efecto directo.

D) EL EFECTO DIRECTO VERTICAL Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS Y DE CUMPLIMIENTO DE OFICIO DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MIEMBRO EN AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO

El reconocimiento de efectos directos a algunas disposiciones de una directiva no exonera al Estado de su obligación de ejecutar la directiva mediante la adopción de disposiciones internas (57). La transposición plena y correcta de la directiva seguirá siendo necesaria tanto en relación con las disposiciones susceptibles de efecto directo como, con mayor motivo, para las normas que no reú-

(54) Sentencia de 11.6.1987, *Pretore de Salò*, 14/86, p. 2545.

(55) Sentencia de 8.10.1987, *Kolpinghuis Nijmegen* «aguas minerales», 80/86, p. 3982.

(56) Fund. 19 y 20 (*Pretore de Salò*) y 14 («aguas minerales»).

(57) Sentencia de 1.3.1983, *Comisión c. Bélgica*, 301/81, p. 478; 15.10.1986, *Comisión c. Italia*, 168/75, fund. 14.

nen los caracteres del efecto directo y precisen una mayor definición y la elección de diferentes opciones.

Un Estado miembro no habrá cumplido plenamente con sus obligaciones, derivadas del artículo 5 CEE, si no ejecuta correctamente la directiva en cuestión. Cuando el órgano administrativo o el judicial aplica las disposiciones de efecto directo de la directiva no transpuesta está contribuyendo a evitar el incumplimiento estatal en ese caso concreto dando satisfacción a los derechos del administrado, pero no hace desaparecer la infracción del Estado (el deber de transposición).

Por otra parte, cuando una disposición de una directiva no transpuesta tiene efecto directo, y el particular no la invoca en su favor, el juez debe aplicar *de oficio* la disposición en cuestión. Habría que hacer algunas observaciones a esta afirmación basada en la sentencia *Verholen*: de un lado, el Tribunal no declara con claridad el deber del juez de aplicar de oficio una disposición de efecto directo, sino que utiliza una fórmula ambigua, indirecta y enrevesada (frecuente en otras sentencias) (58). Parece dar a entender que puede aplicarla, pero no hay tal deber y que ese poder sería propio de un órgano jurisdiccional y no del conjunto de los poderes públicos, como había afirmado en la sentencia *Constanzo*; sin embargo, eso sería contradictorio con su continuada afirmación sobre el carácter obligatorio de la directiva para el Estado (para todos los órganos del Estado), que es a su vez la base férrea de su rechazo al efecto horizontal y también fundamento de la invocabilidad vertical.

Pero sorprende que en el mismo fallo afirme que esa directiva «prohíbe que, una vez finalizado el plazo de adaptación previsto en su artículo 8, los Estados miembros mantengan en vigor una legislación nacional anterior». Luego, a pesar de la deficiente redacción del fallo, parece que los jueces están obligados a aplicar de oficio una disposición de efecto directo de una directiva y apartar de oficio la norma nacional que se debió haber modificado o derogado.

La segunda observación estriba en que desvincula la noción de invocabilidad de la noción misma de efecto directo de las directivas: aunque ningún particular invoque el efecto directo, éste se produce *de oficio* ante los poderes públicos, dado que los poderes públicos están obligados a cumplir el contenido de la directiva (59). Esto es muy positivo porque entronca con la noción general del efecto directo proclamada en la sentencia *Van Gend en Loos*: crea derechos y obligaciones que las jurisdicciones tienen la obligación de salvaguardar. Y es importante que el TJCE retorne en su jurisprudencia sobre el efecto de las directivas a la savia que aportó su sentencia *Van Gend en Loos* en 1963 y le ayude treinta

(58) «El Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho interno a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el órgano jurisdiccional los derechos que le confiere la Directiva» (fallo de la sentencia de 11.7.1991, *Verholen*, as. ac. C-87/90, C-88/90 y C-89/90).

(59) Para L. MILLÁN MORO «con esta jurisprudencia se matiza un aspecto de la noción de efecto directo: El acento deja de estar en la invocabilidad directa de las disposiciones de Derecho Comunitario por los particulares, si el juez nacional, de oficio, puede proceder a aplicarlas aun cuando no hayan sido alegadas» («La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Rev. de Instituciones Europeas*, 1991-3, p. 871).

años después a encontrar una línea coherente y segura para los ciudadanos y los operadores jurídicos en materia de efecto directo vertical y horizontal de las directivas.

Además, aunque el TJCE haya declarado que un precepto de una directiva tiene efecto directo, mientras la directiva no sea correctamente adaptada en el derecho interno no pueden correr los *plazos* que eventualmente establezca el derecho administrativo o procesal para hacer valer los derechos que correspondan a un particular. En la sentencia *Therese Emmott*, relativa a la reclamación de una prestación por invalidez prevista en una directiva no transpuesta, el Tribunal afirmó que sólo mediante la transposición los justiciables podrán conocer sus derechos con la seguridad jurídica necesaria. Por ello, las autoridades internas no pueden alegar normas procesales nacionales relativas a los plazos para recurrir, con el fin de proteger derechos directamente reconocidos por una directiva, en tanto dicho Estado no haya adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a los preceptos de la directiva (60).

Pero la situación se agrava cuando el particular no ve protegidos sus derechos si la norma no es susceptible de aplicación directa (ausencia de precisión o de incondicionalidad): el particular sufrirá un perjuicio por la acción ilícita del Estado. Ni importa si el obligado a satisfacer el derecho del particular es el Estado u otros particulares; lo que sucede tanto en las relaciones verticales como en las horizontales es que al no haber transpuesto la directiva definiendo el sujeto o sujetos obligados, o cualesquiera otros elementos de la directiva (el beneficiario, el contenido obligatorio) impide su aplicación y materializa el perjuicio ocasionado al particular.

Por ello, el Tribunal consideró en el asunto *Francovich*, que al no reunir la Directiva 80/987 (relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario) los requisitos precisos (indefinición del obligado a prestar la garantía) para ser aplicada, en estos casos «la reparación a cargo del Estado es particularmente indispensable» para garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria. Su fundamento, una vez más, es el poliédrico artículo 5 CEE: «la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de los Tratados» y entre esas medidas se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario.

Surgiría, pues, en relación con la directiva no transpuesta un derecho a ser indemnizado por el Estado cuando concurren tres requisitos: que «la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares»; que «el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva»; y que «exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas» (61). Sin embargo, habida cuenta la inutilidad de las vías nacionales indemnizatorias, de esta sentencia posiblemente sólo se recuerde su excelente factura técnica y su inspiración progresista.

(60) Sentencia de 25.7.1991, *Theresa Emmott*, C-208/90, fund. 21-24.

(61) Sentencia *Francovich*, cit. (n. 15), fund. 24 y 40.

## 6. El problema del efecto horizontal de las directivas

La fundamentación establecida en las sentencias *Ratti* y *Becker* en torno a la obligatoriedad de la directiva para el Estado ha condicionado de tal manera su doctrina que ha impedido su evolución posterior por el exagerado apego al aspecto formal de su argumentación: el Estado es el destinatario de la directiva y él sólo debe cumplirla. El Tribunal no ha podido o no ha querido reinterpretar y matizar aquella jurisprudencia en materia de efecto directo vertical y horizontal. Porque en otras materias los criterios no son rígidos: el Tribunal sostiene nociones «funcionales», cambiantes, en relación con nociones como invocabilidad, particular y Estado.

El caso *Marshall* plantea nuevas cuestiones de interés. Ante la defensa del Gobierno británico de que actuaba en los Servicios de salud en calidad de empresario, como cualquier otro particular, y que una directiva no puede imponer obligaciones a los particulares, el Tribunal confirmó, apoyándose en el artículo 189 CEE, que la invocabilidad de la directiva se funda en el carácter obligatorio de la misma para el Estado miembro y que ese carácter «sólo existe respecto a "todo Estado miembro destinatario"». De ello se deriva que una directiva no ejecutada correctamente no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona». Aunque, como ya he señalado, no aceptó en ese caso que el Estado fuera considerado como un particular (un empresario) y, por tanto, quedó bien establecido que había relación vertical y que la disposición invocada reunía los requisitos del efecto directo; pero lo que hizo el TJCE fue aceptar responder a la argumentación en abstracto del Reino Unido para el supuesto de un empresario «privado» del ámbito de la salud, que no era el caso que se juzgaba en la sentencia *Marshall* (62).

Por tanto, en las relaciones horizontales o *inter privatos* no cabe alegar derechos u obligaciones establecidos en una directiva que no haya sido transpuesta en el derecho interno. Un particular no puede exigirle a otro el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente; las razones que aporta el TJCE estriban en que la directiva sólo tiene como destinatarios los Estados y que no tiene publicidad: los Estados son los únicos obligados (art. 189.3 CE) y los que tienen conocimiento oficial de la misma (se les notifica sólo a los Estados, art. 191 del Tratado CEE tal como se adoptó en Roma en 1957). El razonamiento aparente es que un particular no tiene por qué conocer una directiva cuya publicación no es obligatoria ni es una condición para su aplicabilidad y parece latir un problema de incertidumbre respecto de los derechos y obligaciones y de seguridad jurídica. Los derechos y obligaciones quedarán definidos y formarán parte del patrimonio de los particulares a partir de la transposición y se pueden hacer valer en sus relaciones privadas u horizontales al aplicar la norma interna de transposición.

Pero estos argumentos son frágiles y artificiales. El formalismo de la designación del destinatario no es admisible por contradictorio: como ha señalado L. MILLÁN MORO, hay una restricción inexplicable, dado que los particulares tam-

(62) Sentencia *Marshall* de 1986, cit. (n. 49), fund. 48.



poco son destinatarios de los Tratados y sí que reconoció en la sentencia *Van Gen en Loos* la posibilidad de ser sujetos de derechos y obligaciones. El argumento de la falta de publicación —sigue diciendo— no resiste el análisis pues, como es sabido, su publicación es una práctica ininterrumpida en la Serie Legislación del Diario Oficial de las CE (63).

No hay justificación jurídica basada en la seguridad jurídica para restringir el efecto directo a las relaciones verticales.

Además, la doctrina del efecto directo de las directivas puede perder fuerza social y política si permanecen relegados sus beneficios a las relaciones de los administrados con las Administraciones públicas (relaciones verticales) y no se permite que afloren en las relaciones privadas. Las situaciones referidas a la aplicación de las directivas comunitarias en el ámbito laboral, especialmente sobre igualdad entre hombres y mujeres en las condiciones laborales y de seguridad social, así como otras directivas sobre protección de los consumidores (por ejemplo, de responsabilidad por producto defectuoso o en materia bancaria) pueden dar lugar a soluciones discriminatorias en los Estados en que no se transpongan en plazo o se transpongan mal, ya que los jueces aceptarán la invocación de los derechos reconocidos por la directiva cuando los invoquen trabajadores al servicio de las Administraciones públicas (funcionarios y contratados) o consumidores perjudicados por un producto fabricado por empresas estatales o públicas y negarán la invocabilidad del efecto directo cuando lo planteen trabajadores del sector privado o un consumidor en relación con un producto de un fabricante privado (la situación podría ser muy compleja en caso de un producto con componentes de fabricantes públicos y privados).

El caso *Foster* (64) es sólo una muestra de la inseguridad jurídica de la doctrina del efecto directo restringida a las relaciones verticales: protegió a las demandantes porque cuando sucedieron los hechos era empresa nacionalizada. Poco después al ser privatizada, las trabajadoras perdieron la protección del derecho comunitario. No quedó en un buen lugar el principio de la aplicación uniforme y la primacía del Derecho Comunitario, a pesar de que la directiva tenía efecto directo y estaba publicada...

Es verdad que la responsabilidad de esa «discriminación» no reside en la doctrina del Tribunal sino en el Estado infractor. Y en sus manos está hacer desaparecer la discriminación inmediatamente. Esta fue la solución dada por el Tribunal de Justicia ante las *falsas* lamentaciones del Reino Unido en el asunto *Marshall* de que al aceptar la invocabilidad frente al Servicio de Salud «tendría como consecuencia una distinción arbitraria e injusta entre los derechos de los empleados del Estado y los de los empleados del sector privado». El TJCE no niega que exista la distinción y responde con firmeza —no exenta de dura ironía— que «tal distinción podría haber sido fácilmente evitada si el Estado miembro en cuestión hubiese incorporado correctamente la directiva a su Derecho interno» (65). Ciertamente, el Estado no está legitimado moral y jurídicamente para lamentarse de los efectos discriminatorios de la doctrina del efecto directo de las directivas.

(63) L. MILLÁN, *loc. cit.*, pp. 850 y 858.

(64) Citado en nota 50.

(65) Sentencia *Marshall*, cit. (n. 49), fund. 51.

Lo que es plenamente cierto es que si el Tribunal de Justicia no hubiera reconocido ningún efecto directo a las directivas no ejecutadas en su plazo, la indefensión y el perjuicio del particular sería total, pues ya fueran sus relaciones de derecho público o de derecho privado quedarían excluidas de la sanción mínima que le supone al Estado tener que aceptar la invocabilidad de una directiva en las relaciones con los organismos públicos.

**7. La aproximación del TJCE al efecto horizontal de las directivas: el cumplimiento del contenido obligatorio de la directiva y la interpretación del derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la directiva**

**A) LOS INEVITABLES PERJUICIOS PARA ALGUNOS PARTICULARES**

Cuando se analiza la jurisprudencia del TJCE en materia de efecto directo del derecho comunitario, en especial de las directivas, se tiene la impresión de que tiene un único horizonte que inspira su actuación: hacer respetar al Estado miembro sus obligaciones comunitarias. La protección de los particulares es sólo una pantalla o un objetivo menor que se desvanece a discreción del TJCE. Y el Tribunal no escatima esfuerzos intelectuales para ir reduciendo los márgenes de escapatoria del Estado: inaplicación de las normas nacionales, incluso las de carácter penal (despenalización por obra de directivas inejecutadas), irrelevancia de la falta de alguna acción o facultad del Estado, una amplísima noción de Estado que permite invocar el efecto directo ante una pluralidad de sujetos, el desequilibrio entre derechos que debe proteger y obligaciones que no puede exigir, la obligación de indemnizar en relación con las disposiciones no susceptibles de efecto directo de una directiva, o los perjuicios que los particulares soporten por aplicación del efecto directo o efectos indirectos...

En su argumento sobre la obligatoriedad para el Estado destinatario reside también el fundamento de una «aproximación» a los inevitables efectos en las relaciones horizontales: si el Estado no se puede desentender de una directiva incumplida, se producirán efectos indirectos en las relaciones jurídicas entre particulares cada vez que tenga que intervenir en su aplicación un organismo público ante el que se reclame el derecho que reconoce la directiva.

Los asuntos sobre directivas en materia de contratos públicos son bien eloquentes de la inevitabilidad del perjuicio que soportarían aquellos particulares cuya oferta sería la aceptada en cumplimiento de la normativa nacional, pero se ven rechazadas al aplicar la autoridad adjudicadora los preceptos de una directiva no transpuesta, o incorrectamente transpuesta, en favor de las ofertas que reúnen los requisitos de la directiva.

El Abogado general Jean MISCHO reconoció en el asunto de las *Acerías Busseri* que el Tribunal ha admitido implícitamente que de una directiva no correctamente transpuesta se generen consecuencias negativas para los particulares en las sentencias *Gebroeders Beentjes y Costanzo* (66). De todos modos, el Abogado General quita yerro a esas consecuencias negativas diciendo que los deman-

(66) Citadas, respectivamente, en notas 48 y 47.

dantes formulaban una exigencia de cumplimiento de la directiva *contra* las autoridades públicas y no contra otros particulares: dichas consecuencias desfavorables para algunos particulares no significa que la directiva haya sido directamente aplicada respecto de los particulares (67).

Dejando a un lado la forzada diplomacia de estos argumentos, lo real, el resultado práctico es que, en estos casos, se deberá aplicar la directiva: directamente, al que exige su cumplimiento a la autoridad que interviene en su aplicación, e indirectamente, a los otros particulares que en la relación jurídica de que se trate ven inaplicada la legislación nacional a sus pretensiones. La aplicación —indirecta— a los particulares es inevitable en el caso de las directivas sobre contratos públicos, pero en otros también.

No debe producir escándalo o sorpresa. Lo que el TJCE siempre ha reiterado es que una directiva no ejecutada, o mal ejecutada, no produce obligaciones para el particular: no las genera directamente. Pero no puede evitar que afecte a situaciones privadas como consecuencia del reconocimiento de derechos de otros particulares de los que el Estado no se puede desentender.

En esa misma sentencia sobre la quiebra de las *acérias Busseni* se aprecian interesantes cuestiones: la CECA alega una recomendación (no transpuesta) que privilegia sus créditos, situándolos en el mismo lugar que los del Estado en caso de quiebra. Pero el efecto vertical no se reúne por el hecho de que la CECA invoque su derecho *ante* un juez. Cuando se dice que la invocabilidad es respecto del Estado, no se refiere sólo al carácter de órgano del Estado (administraciones públicas y jurisdicciones) *ante* el que se hacen valer los derechos, sino que la obligación debe correr *a cargo* del Estado; la única situación jurídica que puede verse afectada por la invocación de una directiva es la del Estado (68).

Y el problema que se planteaba es que la CECA no concurría en el concurso de acreedores únicamente con el Estado italiano, sino con acreedores privados, y, como señaló el TJCE, podía reducir las posibilidades de otros acreedores de ser pagados, al modificar su situación relativa en el procedimiento de concurso. La invocabilidad no sería respecto del Estado, sino contra los particulares y a su cargo, por lo que aceptó el efecto directo siempre que el privilegio acordado a la CECA no redujese los derechos de los acreedores privados (69). El Tribunal pudo evitar plenamente en este caso las consecuencias negativas para los particulares y recondujo el efecto directo haciendo que lo soportara el Estado al tiempo que se respetaba el mandato de la directiva. Pero este cuidado no siempre permitirá buenos resultados.

Se observa que la doctrina de la eficacia directa del Derecho Comunitario descansa en su obligatoriedad y, por tanto, en la primacía del Derecho Comunitario. Eficacia directa y primacía son anverso y reverso de un mismo concepto. Luego, el artículo 5 del Tratado CEE (86 CECA, 192 EURATOM) preside siempre la obligación de cumplimiento de una directiva, incluso al expirar el plazo dado al Estado para su correcta ejecución. Como el Estado miembro (adminis-

(67) Conclusiones, aptdo. 58, asunto *Busseni*, cit. (n. 43).

(68) *Ibidem*, aptdos. 46-51.

(69) Sentencia *Acerías Busseni*, cit. (n. 43), fund. 25 y 26.

traciones públicas, jueces...) está obligado a adoptar todas las medidas necesarias (generales o particulares, según el art. 5 CEE) para alcanzar el resultado fijado en la directiva (art. 189.3 CEE), no puede desentenderse del contenido de la directiva, tanto si ha sido transpuesta como si no lo ha sido.

B) LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETAR EL DERECHO NACIONAL DE MANERA CONFORME A LA DIRECTIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA MARLEASING

Desde hace algunos años el TJCE viene afirmando que los jueces nacionales, cuando aplican el derecho nacional, están obligados a interpretar su derecho nacional ateniéndose a las normas comunitarias, ya sean éstas directamente aplicables o no. Por esta vía, se está aproximando cada vez más al reconocimiento indirecto del efecto horizontal, aunque sin admitirlo, impelido por el carácter obligatorio de las directivas y por su primacía sobre el derecho nacional en contradicción con sus disposiciones.

Ante la falta de transposición, o en caso de transposición incorrecta por los poderes públicos competentes, se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de tomar las medidas necesarias para alcanzar en el litigio concreto el resultado querido por la directiva, ya tengan efecto directo sus disposiciones o no lo tengan: el juez, en nombre del Estado, hará respetar las obligaciones adquiridas por el Estado aplicando la directiva. Un juez no puede dictar sentencia contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria.

Luego, la obligación de lograr el resultado de una directiva no se limita a la acción legislativa y reglamentaria, sino que el resultado de la directiva, a falta de la transposición general o *erga omnes*, puede y debe ser asegurado por el juez, en el marco de sus competencias, aunque con un efecto limitado a las partes en litigio.

La expresión «en el marco de sus competencias» se refiere a su función jurisdiccional de resolver los litigios que se le presentan; es decir, asegurará el resultado en ese litigio. Y desde esa perspectiva contribuye conforme al principio de autonomía institucional en la ejecución de la directiva. Pero este principio no constituye un límite a la labor de interpretación del derecho nacional de manera conforme a la directiva ni a su labor de aplicar el Derecho Comunitario.

Es bien sabido que los poderes de los jueces nacionales, en relación con el Derecho Comunitario, no se limitan a lo establecido en el derecho nacional, sino que el propio Derecho Comunitario les presta los poderes necesarios para ello, independientemente de la no previsión de tales poderes en el orden interno, o incluso de negárselos: el Derecho Comunitario les faculta para inaplicar una ley interna y les obliga a aplicar una norma comunitaria *contra legem* o hacer una interpretación *contra legem*, como lo demuestran los casos *Ratti*, *Becker*, *Marshall*, *Costanzo...*, por citar sólo casos referidos a directivas. Incluso el juez nacional, aunque su derecho interno se lo prohíba, puede verse obligado a ordenar la suspensión cautelar de una ley (70).

(70) Sentencia de 19.6.1990, *Factortame*, C-239/89, p. 2466.

Por ello, el principio de autonomía institucional no conlleva variación en los poderes de los jueces nacionales respecto del Derecho Comunitario: varían las formas y los procedimientos o los órganos judiciales, pero todos los jueces de todos los Estados miembros gozan de los mismos poderes al aplicar el Derecho Comunitario o al recurrir al criterio hermenéutico. Por ello, el juez español goza de los poderes que le otorga la Constitución y las leyes al interpretar y aplicar el Derecho nacional y del *plus* de poderes que el Derecho Comunitario le reconoce. Luego, el juez nacional no está limitado por la distribución competencial y las funciones que le encomienda el derecho interno.

Es obvio que el principio de autonomía institucional no puede delimitar ni restringir el ámbito del principio de primacía. Justamente es el efecto inverso. Como ha señalado la jurisprudencia del TJCE y la propia lógica de los caracteres de la integración, la autonomía institucional y procedimental está limitada por el principio de la primacía y del efecto directo del Derecho Comunitario, y se subordina a éstos: «la aplicación del Derecho nacional no debe afectar al alcance ni a la eficacia del Derecho Comunitario» (71).

La encrucijada es el artículo 5 CEE y la obligatoriedad de la directiva: las obligaciones derivadas de una directiva se imponen a *todas* las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales. El arranque de esta nueva vía para completar los efectos de las directivas está en la obligación del juez, aplicable a toda situación en la que esté en juego una norma comunitaria (no sólo una directiva), de interpretar el derecho nacional conforme a la norma comunitaria (72). No es un criterio a seguir sólo en caso de falta de efecto horizontal. Aun siendo una norma de los tratados o de un reglamento, o habiendo sido transpuesta una directiva, o si no lo ha sido, el derecho nacional debe ser interpretado de acuerdo a las normas comunitarias en vigor: con ese mandato se conseguirá en numerosas ocasiones evitar la inaplicación de la norma nacional si se interpreta de manera que no haga perder sus efectos a la norma comunitaria con la que entre en contradicción.

La obligación de interpretar el Derecho Nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria es un mandato o criterio general que cobra una especial transcendencia en relación con las directivas: como los jueces deben contribuir a lograr el resultado de una directiva (transpuesta o no, con efecto directo vertical o sin efecto vertical), deben interpretar tanto el derecho nacional anterior a la directiva como el posterior, introducido o no para transponer la directiva, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva.

Ahora bien, las circunstancias que rodean los casos en que este criterio ha sido recordado por el TJCE eran algo diferentes y las consecuencias pueden ser distintas. Pero en todas ellas el razonamiento de Tribunal es el mismo (el hilo conductor del principio de cooperación del art. 5 CEE) y esto le llevará a unas consecuencias también distintas y sorprendentes al aplicar las directivas.

(71) Sentencias de 6.5.1982, *BayWa c. BALM*, 146, 192 y 193/81, pp. 1532-1533 y *Fromme c. BALM*, 54/81, p. 1449.

(72) Sentencias de 20.5.1976, *Mazzalai*, 111/75, p. 657; *Von Colson* cit. (n. 39), *Gebroeders* cit. (n. 48) y 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89.

En las sentencias *Von Colson* (73) y *Harz* (74) los hechos son semejantes, salvo que en la primera se trataba de una relación vertical (dos asistentes sociales reclaman a la administración penitenciaria regional), y en la segunda, de una relación horizontal (una ingeniera reclama ante un empresario particular). Al amparo del principio de igualdad de trato y de una directiva ejecutada en Alemania de forma poco eficaz y, por tanto, incorrecta, solicitaron que al no ser admitidas en los puestos por razón de su sexo, como reconocieron los tribunales alemanes, se les aplicase a dichos empresarios, públicos o privados, ciertas sanciones. Pero el precepto mal ejecutado no tenía efecto directo por falta de imprecisión en cuanto al sistema de sanciones, por lo que el TJCE le dice al juez alemán, en los dos casos a pesar de ser relaciones distintas, que interprete la ley de transposición a la luz de la directiva a fin de alcanzar los resultados de la directiva. La solución, la interpretación, fue la misma en las relaciones verticales y horizontales. Significa, pues, que la falta de efecto directo (independientemente de la verticalidad u horizontalidad) no implica la irrelevancia de las disposiciones de una directiva: especialmente en los casos en que hay una ley de transposición con ciertas lagunas o insuficiencias, éstas se deberán colmar mediante la labor interpretativa del juez nacional.

Dadas las características de los dos casos, lo relevante no es que en uno la relación sea vertical u horizontal: en ambos, la solución del juez es la misma por la falta de efecto directo de disposición de la directiva sobre la necesidad de las sanciones. En ambos casos, difícilmente se podrían producir «consecuencias negativas» para los asistentes sociales o el ingeniero admitidos, pero ello es debido, fundamentalmente, a que no reúne los requisitos del efecto directo de la norma invocada.

En la sentencia *Gebroeders* (75) esta empresa licitadora trata de hacer valer ante una comisión vinculada a la administración holandesa (relación vertical) una disposición de efecto directo de una directiva sobre contratos públicos frente a la norma interna de desarrollo; en este caso, el Tribunal considera que la compatibilidad de la ley de transposición dependerá de su interpretación en el marco del derecho nacional, por lo que éste debe ser interpretado de manera conforme con la directiva. Ya he señalado que, en este sector, son inevitables las consecuencias negativas y que los particulares sufran las consecuencias de los efectos directos de una directiva.

Lo decisivo es si la norma reúne los requisitos del efecto directo. Además, el efecto directo del derecho corre a cargo de poderes públicos y el resto de particulares deben respetar esa aplicación (los efectos indirectos).

El TJCE recurre en esta sentencia al criterio interpretativo, tratándose de una relación vertical y de una disposición de efecto directo, para que el juez nacional evite en la medida de lo posible (independientemente de sus facultades o competencias) declarar la incompatibilidad de la norma nacional: salvar su vigencia mediante una interpretación adecuada a la finalidad de la Directiva en cuestión.

(73) Cit. (n. 39), fund. 26.

(74) Sentencia de 10.4.1984, *Harz*, 79/83, p. 1921.

(75) Cit. en nota 48.

Por ello, esta sentencia, al igual que la sentencia *Van Colson*, demuestra que el criterio interpretativo no queda relegado a los casos en que no hay efecto horizontal. Luego, no creo que haya disyuntiva en el sentido de que el juez deba inaplicar el derecho nacional en caso de efecto directo en una relación vertical (*Constanzo*) y el juez deba interpretar en todos los demás.

En la sentencia *Marleasing* (76) hay una relación distinta, aparentemente horizontal pues litigan dos particulares: la sociedad *Marleasing* solicita al Juzgado de Oviedo que se declare la nulidad de un contrato de sociedad de La Comercial por falta de causa conforme a los artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil español. Por su parte, la sociedad *La Comercial* solicita la desestimación de la demanda aduciendo el artículo 11 de la Directiva 68/151 en la que se enumeran los casos de nulidad y no figura la falta de causa. La directiva no se había transpuesto en el plazo señalado y la legislación en vigor, anterior a la directiva, era incompatible.

Como en todos estos casos, amparándose en el artículo 5 CEE sobre la obligatoriedad del derecho comunitario para todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces, y sobre la obligación de éstos de contribuir en sus sentencias al resultado fijado por la directiva, el TJCE ordena al Juzgado de Oviedo en el fallo que «está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11».

El TJCE falló en el caso sin desdecirse de su anterior doctrina sobre la imposibilidad de crear obligaciones a cargo de un particular ni ser invocada contra un particular, a la que expresamente dice seguir apoyando. Claro que si el TJCE hace esa afirmación es para responder a una pregunta del Juez español; pero esa respuesta no prejuzga la calificación que el TJCE hace de la situación planteada. Esa respuesta es la misma que dio en la sentencia *Marshall*, de la que no hay duda de que se trataba de una relación vertical como claramente declaró el TJCE: en ambos casos lo que mantiene el TJCE es que cuando haya relación horizontal un particular no puede exigir a otro que le reconozca un derecho o que cumpla una obligación para con otro particular.

Yo creo que la sentencia *Marleasing* es un hito progresivo por su fallo aunque sea muy criticable la falta de justificación adecuada y de construcción de la sentencia al amparo exclusivamente del criterio hermenéutico y no del de la inaplicación pura y simple como en el caso *Costanzo*. Incluso hay incoherencia entre la obligación de utilizar el criterio interpretativo que aparece en el fundamento octavo en términos ambiguos o laxos («está obligado a hacer todo lo posible») frente al lenguaje compulsivo del fallo en el que no se le deja resquicio alguno: tiene que impedir que se declare la nulidad de la sociedad.

En efecto, el TJCE debió declarar abiertamente si el artículo 11 de la directiva tenía efecto directo y, a continuación, analizar las relaciones producidas, verticales y horizontales. Es obvio que no es lo mismo el efecto directo que la relación vertical: una disposición de una directiva no transpuesta o mal trans-

---

(76) Sentencia *Marleasing*, cit. (n. 72).

puesta puede tener efecto directo por reunir los requisitos, pero no ser invocable por tratarse de relaciones entre particulares; o no tener efecto directo y entonces es irrelevante —como en los casos *Von Colson* y *Harz*— la relación vertical u horizontal.

Por lo que respecta al artículo 11 invocado en *Marleasing* parece que reúne los requisitos del efecto directo (precisión e incondicionalidad) y el TJCE no tiene dudas de ello en el fallo al ordenar al Juez español que se atenga a las causas de nulidad taxativas previstas en el artículo 11 y no a otras del orden interno. El que el TJCE admita el efecto directo del artículo invocado es muy importante; esto supone importantes diferencias con los casos *Von Colson* y *Harz* (ausencia de requisitos de efecto directo) y, por el contrario, importantísimas semejanzas con los asuntos sobre contratos públicos como *Gebroeders* y *Costanzo*.

El siguiente escalón en el análisis debió ser si nos encontramos en una relación horizontal o vertical, o si se dan ambos elementos. Cuando La Comercial se constituye lo hace conforme al derecho que tendría que estar en vigor (la directiva debidamente transpuesta); su acto de constitución no es una relación horizontal respecto de *Marleasing* (77). Posiblemente en el caso *Marleasing* lo que confunde es la apariencia de horizontalidad suscitada cuando la sociedad *Marleasing* pide la nulidad del contrato amparándose en el derecho español y La Comercial se defiende invocando la validez del contrato y, a su vez, repugne la probable acción ilícita de los socios de *Marleasing* (pero el medio adecuado no era la acción de nulidad sino una acción de otro orden jurídico).

La Comercial defiende su derecho a permanecer constituida reclamando al Estado que cumpla con su obligación de aceptar la constitución de una sociedad conforme a una norma obligatoria para el propio Estado: quien declara la validez o la nulidad es el Estado, no un particular. Quien tiene que proteger la constitución válida de una sociedad es el Juez; no es por el hecho de que La Comercial invoque *ante* el Juez; sino porque la obligación corre a cargo del Estado. No hay obligaciones a cargo del particular (*Marleasing*). A lo sumo, como en los asuntos de contratos públicos, hay aplicación indirecta para *Marleasing* pues se descartan sus pretensiones, conformes al derecho interno que debía estar modificado, y se acogen las de *Marleasing* conformes al derecho en vigor: una norma de efecto directo no transpuesta.

Al igual que en los casos de directivas sobre contratos públicos hay consecuencias negativas absolutamente inevitables: pero tanto en los casos de las empresas licitadoras (*Costanzo*, *Geobroeders*, etc.) como en el caso *Marleasing* se reclaman unas pretensiones respecto de autoridades públicas, se formulan exigencias contra las autoridades públicas que son las llamadas a satisfacerlas *en todo caso*, se hayan transpuesto o no las directivas en cuestión: es el poder público el que siempre tendrá que adjudicar un contrato público o declarar la nulidad de un contrato. Luego, no hubo invocabilidad respecto de particulares.

Obsérvese que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal (desde *Enka*,

(77) Por tanto, su situación no era diferente a la del Sr. Ratti fabricando disolventes conforme a la normativa comunitaria inejecutada en Italia

e incompatible con sus leyes penales; pero ve despenalizada automáticamente su acción (sentencia *Ratti*, cit. (n. 34).



*Van Duyn, Ratti, Becker, Marshall, Kolpinghuis*) también en *Marleasing* el Tribunal, acertadamente, no presta relevancia al hecho que produce el incumplimiento de la obligación de alcanzar el resultado de la directiva: es decir, no importa si ha habido o no transposición. *Marleasing* no es diferente a la mayoría de los supuestos llegados al Tribunal: es un caso entre muchos en los que no había transposición y la incompatibilidad de la norma de efecto directo se produce con leyes nacionales anteriores.

Es cierto que en los casos en los que el TJCE recurre al criterio interpretativo en la mayoría hubo transposición incorrecta o dudosa. Pero en los problemas que generan el efecto directo importa relativamente poco si la hubo (incorrecta) o no. Por ello, no tiene que sorprender que la obligación de interpretar el derecho nacional, *todo* el derecho nacional, luego anterior o posterior a la norma comunitaria en cuestión, se exigiera también en *Marleasing*.

Los límites a esta obligación de todo juez, de todo organismo público de interpretar el derecho nacional a la luz de la letra y la finalidad de la norma comunitaria, especialmente al aplicar una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente, los únicos límites que ha establecido el Tribunal son los principios generales de derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad. Pero ese límite sólo ha sido utilizado por el TJCE en el asunto *Kolpinghuis* («aguas minerales») (78), en el marco de un proceso penal en el que el propio Estado pretendía imponer obligaciones a cargo de un particular, porque afecta a un principio general de derecho: el principio de legalidad penal. Estamos ante un derecho fundamental que el Derecho Comunitario debe respetar.

### III. Consideraciones finales sobre la eficacia directa del derecho comunitario, en especial a la luz del Tratado de la Unión Europea

Finalmente, cabe reflexionar sobre los efectos que tendrá en la evolución de esta doctrina del efecto directo del Derecho Comunitario y, especialmente, de las directivas el nuevo artículo 191 del Tratado de la Comunidad Europea tal como ha sido modificado por el Tratado adoptado en Maastricht. El artículo 191.1 y 2 establece que las directivas adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo conforme al procedimiento de «codecisión» (del art. 189 B del TCE) y las directivas del Consejo y de la Comisión que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y *entrarán en vigor en la fecha que fijen*. El escrúpulo que ha tenido el Tribunal en materia de seguridad jurídica, dada la falta de exigencia de publicación obligatoria de las directivas en el sistema en vigor, se verá diluido. Pero no ha debido ser un obstáculo para desarrollar las potencialidades de los artículos 5 y 189.3 CEE.

La jurisprudencia examinada demuestra la complejidad e inseguridad de la doctrina del efecto directo de las directivas limitado a las relaciones verticales. Por los múltiples y poliédricos problemas que suscita da mucho juego a la doc-

(78) Sentencia *Kolpinghuis Nijmegen* «aguas minerales», cit. (n. 55).

trina científica y a los bufetes de abogados. El efecto directo de las directivas es un paraíso para la doctrina científica. Pero un infierno, o al menos un calvario, para los jueces y, lo que es más grave, para los ciudadanos de la Unión Europea.

Las mismas razones que llevaron al TJCE en la sentencia *Van Gend* a declarar que los particulares son destinatarios de los Tratados le deben conducir a considerarles como destinatarios de la directiva no ejecutada. Las directivas gozan de la misma publicidad que los reglamentos. Además, el TJCE reconoció a principios de los años setenta que si bien los actos del artículo 189 no son idénticos, sus diferencias no excluyen que el resultado sea el mismo en tanto que actos obligatorios: crean derechos y obligaciones.

Y el TJCE no debe olvidar que los Tratados sólo reconocen el carácter de norma de «alcance general» a los reglamentos (art. 189.2) y que ha hecho caso omiso de la letra de los Tratados y en la sentencia *Kloppenburg* (79) dijo que la directiva es un «acto de alcance general», lo que no tiene fundamento expreso en los tratados; pero es correcto jurídicamente ya que significa que establece principios normativos y plantea de forma abstracta las condiciones de su aplicación y sus consecuencias. Pero desde 1984 ha debido darse cuenta de que si la directiva tuviera como destinatario sólo a los Estados no podría tener alcance general (eficacia abstracta) o a la inversa. Pero es otra incoherencia de su jurisprudencia desde 1986, fruto del formalismo a discreción que puede desautorizar una labor judicial.

Por ello, el TJCE debería, por razones de seguridad jurídica y de transparencia, declarar que cuando una disposición comunitaria, cualquiera que sea su naturaleza, incluida una directiva, goza de efectos directos; es decir, es suficientemente precisa e incondicional, debe desplegar plenitud de efectos jurídicos: crear derechos y obligaciones, en las obligaciones de hacer y no hacer y en las relaciones verticales y horizontales.

Dejando a un lado las perplejidades causadas entre la doctrina científica por la jurisprudencia sobre la eficacia directa de las directivas, hay que reconocer que la opción del Tribunal de Justicia por la invocabilidad del Derecho Comunitario ante cualquier autoridad pública y ante otros particulares (con el régimen excepcional de las directivas) ha sido una contribución original y progresiva al proceso de la integración cuya importancia en la formación de un tejido social europeo, dotado de un patrimonio jurídico común, es imponderable.

Aunque hoy nos parece casi banal la sentencia *Van Gend en Loos*, pasados más de treinta años de esa sentencia no es exagerado decir que la posición firme y progresiva hacia la eficacia directa del Derecho Comunitario es la más importante contribución del Tribunal a la existencia de un sistema jurídico vivo y muy próximo a los ciudadanos de los Estados miembros. Las libertades fundamentales del mercado común y único, las políticas comunes, en definitiva el ordenamiento jurídico comunitario sería un quebradizo espejismo si el Tribunal de Justicia no hubiera decidido la posibilidad de que cualquier particular lo pueda invocar y exigir su cumplimiento ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales nacionales.

(79) Sentencia de 22.2.1984, *Kloppenburg*, 70/83, p. 1086.

#### IV. La primacía del derecho comunitario

##### 1. El fundamento de la primacía. La sentencia *Costa c. ENEL*

A diferencia de la eficacia directa que es una característica relativa, la primacía es una característica absoluta y una condición existencial de las propias Comunidades Europeas. Respecto a la primacía del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia ha seguido el único camino posible desde una lógica evidente. El Derecho Comunitario tiene capacidad para imponerse por sí mismo: es la voluntad común de los Estados la que da origen a los Tratados (y los actos de las Instituciones tienen su origen en los mismos) y esa voluntad común tiene que prevalecer sobre las voluntades particulares. Si el ordenamiento comunitario tuviera que ceder ante normas constitucionales, legislativas o administrativas nacionales, el Derecho Comunitario no podría existir.

El fundamento de la primacía no reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro sino en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador. El Tribunal de Justicia, al igual que los Tribunales internacionales, no funda la primacía del Derecho Comunitario en los preceptos constitucionales sobre recepción y jerarquía de los Tratados internacionales, sino en una interpretación sistemática y teleológica o finalista de los Tratados comunitarios.

La construcción jurisprudencial de este principio tiene sus sólidos cimientos en la sentencia *Costa c. ENEL* de 1964. En opinión del demandante, Flaminio COSTA, la Ley italiana sobre nacionalización de la energía eléctrica de 1962 violaba algunos preceptos del Tratado de Roma y, en consecuencia, el artículo 11 de la Constitución italiana que prevé la auto-limitación de competencias. El asunto era competencia del juez «conciliatore» de Milán, el cual planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional italiana. Esta confirmó en su sentencia de 7.3.1964 la validez de la Ley ENEL porque la ley que aprobó y ordenó la ejecución de los Tratados comunitarios era, —decía—, una Ley ordinaria que podía ser modificada o derogada por otra posterior, como la Ley ENEL. La Corte resuelve con simpleza la eventual colisión entre ordenamientos recurriendo a la regla sobre sucesión de leyes en el tiempo, *lex posterior derogat priori*, adecuada para resolver los conflictos entre normas de un mismo ordenamiento, que no era precisamente el caso que se le planteaba.

Pero el juez italiano elevó también una cuestión prejudicial ante el TJCE: ésta es la sentencia que nos interesa. Y obsérvese que el TJCE ya conocía el error y peligroso pronunciamiento de la Corte italiana pues la sentencia del Tribunal comunitario es de 15.7.1964. Por ello, aunque las alegaciones de COSTA no tenían fundamento y no había riesgo para el Tratado, el Tribunal pone especial cuidado en clarificar los argumentos en que se funda la primacía del Derecho Comunitario.

El Tribunal fundamenta la primacía «en razón de la naturaleza específica original» del Derecho Comunitario, a la que ya se refirió en la sentencia *Van Gend en Loos*. El Tribunal tiene en cuenta que las Comunidades están dotadas de poderes efectivos tanto en el plano interno como externo, «que emanan de una limitación de competencias o transferencias de atribuciones de los Estados a la Comunidad». Esa atribución entraña una limitación definitiva en determinados

ámbitos de sus derechos soberanos en favor del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que no puede prevalecer una norma nacional posterior sobre esos derechos definitivamente transferidos. De otro modo, «las obligaciones contraídas en el tratado constitutivo de la Comunidad no podrían ser incondicionales, sino solo eventuales si pudieran ser puestas en causa por actos legislativos futuros de los signatarios» (80). Luego, la fuerza obligatoria del Derecho Comunitario no puede variar de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos de los Tratados.

La construcción jurisprudencial de la primacía tiene suficiente coherencia y fuerza convincente al basarse en una interpretación sistemática y finalista de los tratados como para restar importancia a cualquier remisión a preceptos determinados de los Tratados. Pero el análisis doctrinal y jurisprudencial refuerzan la argumentación recurriendo a los artículos 5, 7 y 189 CEE.

En efecto, los Tratados prevén expresamente el carácter obligatorio de las normas comunitarias de derecho derivado en el artículo 189 CEE (14 CECA y 161 CEEA): los Estados han conferido expresamente a los reglamentos, directivas y decisiones el carácter de normas obligatorias.

Los tratados caracterizan al reglamento como una norma obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro. Por esa definición precisa, el Tribunal estimó en la sentencia *Politi* de 1971 que el Reglamento «se opone a la aplicación de toda medida legislativa, incluso posterior, incompatible con sus disposiciones» (81).

Pero también la directiva es una norma obligatoria para el Estado, por lo que sus «disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en los plazos, contra toda medida nacional no conforme a la directiva» (82). En definitiva, según una innumerable y constante jurisprudencia del TJCE, «un Estado miembro no puede excusarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su orden interno para justificar el no respeto de las obligaciones y plazos resultantes de las directivas comunitarias».

La decisión también es una norma obligatoria en todos sus elementos para su destinatario. Por lo que se refiere a las decisiones dirigidas a los Estados miembros «este carácter obligatorio se impone a todos los órganos del Estado destinatario, incluidos sus órganos jurisdiccionales» (83).

Además, los Estados se han comprometido a cumplir las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones, de modo que la adopción de normas internas posteriores (o la aplicación de normas internas anteriores), incompatibles con una norma comunitaria, supondría violar el compromiso de cooperación aceptado por todo Estado miembro de abstenerse de toda medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos de los Tratados (art. 5 CEE, 86 CECA y 192 CEEA).

(80) Sentencia de 15.7.1964, *Costa c. ENEL*, cit. (n. 3), pp. 1158-1160.

(81) Cit. (n. 23), p. 1048.

(82) Sentencias *Becker y Enka*, cit. (n. 36 y 43).

(83) Sentencia de 21.5.1987, *Albako c. BALM*, 249/85, fund. 17.

La norma comunitaria responde a necesidades e intereses comunes del conjunto frente a la norma interna que representa intereses parciales. El Derecho Comunitario no podría existir si se admitiese que cada Estado miembro pudiera, en razón de sus intereses, derogarla o modificarla unilateralmente. Si así fuera, se generaría discriminación entre los nacionales de los Estados miembros si las obligaciones y derechos de los particulares variasen de un Estado a otro a causa de medidas unilaterales de los Estados; de ahí que el principio de no discriminación (art. 7 CEE) no pueda quebrarse sin afectar a la existencia misma de la Comunidad.

La consecuencia que hay que extraer de la sentencia *Costa c. ENEL* y de otras posteriores es la *inaplicación* de la norma interna incompatible. Para el Tribunal de Justicia, dado que el ordenamiento se impone a las jurisdicciones internas, «los conflictos entre la regla comunitaria y las reglas nacionales deben ser resueltos mediante la aplicación del principio de la primacía de la regla comunitaria» (84). Esto implica, «para las autoridades nacionales competentes, la prohibición de pleno derecho de aplicar una prescripción nacional reconocida incompatible con el Tratado y, llegado el caso, la obligación de adoptar todas las disposiciones para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho Comunitario» (85). Resulta obvio, pues, que la primacía sólo se suscita cuando hay normas internas incompatibles: en esas situaciones todas las autoridades públicas, incluidos los jueces, están obligados a aplicar (y por tanto interpretar) *contra legem* las normas comunitarias: «teniendo el derecho comunitario primacía sobre el derecho nacional [...], toda disposición contraria de derecho interno le es, por este hecho, inaplicable (86).

## 2. El alcance de la primacía en relación con la ley posterior: la sentencia *Simmenthal*

La firmeza jurisprudencial en materia de primacía tiene un desarrollo nuevo en la sentencia *Simmenthal* de 9.3.1978. La sociedad italiana Simmenthal compraba carne bovina en Francia, y en la frontera italiana era sometida al pago de unos derechos de control sanitario, en virtud de una ley de 1970. En 1976, Simmenthal interpuso una demanda contra la administración de aduanas italiana, instando a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, que constituían, en su opinión, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el Derecho Comunitario. El TJCE confirmó esta opinión mediante una primera cuestión prejudicial, por lo que el juez italiano falló en favor de las pretensiones de Simmenthal, pero la Administración se opuso alegando que la ley que impuso la tasa era posterior a la ley que aprobó el Tratado CEE en Italia, y aún no había sido derogada o declarada inconstitucional. Ante este nuevo problema, el juez italiano planteó otra cuestión prejudicial ante el TJCE, a fin de que se pronunciase si, ante una ley nacional ulterior, contraria a una norma comunitaria, el juez nacional debería considerarla inaplicable de ple-

(84) Sentencia de 13.2.1969, *Walt Wilhelm*, 14/68, p. 15.

(85) Sentencias de 13.7.1972, *Comisión c. Italia*, 48/71, p. 534; 28.3.1980, *Comisión c. Francia*, 24 y 97/80 R, p. 1329.

(86) Sentencia de 4.4.1974, *Comisión c. Francia*, 167/73, fund. 35.

no derecho sin esperar a su abrogación por el legislador o por el órgano competente para declararla inconstitucional.

El Tribunal comunitario se pronunció clara e inequívocamente en favor de la primacía de la norma comunitaria, porque «el hecho de reconocer una eficacia jurídica a actos legislativos nacionales que invadan el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o de cualquier otro modo incompatibles con las disposiciones del Derecho Comunitario, equivaldría a negar, por tanto, el carácter efectivo de los compromisos, incondicional e irrevocablemente, asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondrían en duda las bases mismas de la Comunidad» (87).

El Tribunal deduce del principio de la primacía dos efectos que enmarcan las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. El primero, en relación con la norma interna anterior y una norma comunitaria posterior incompatibles, es que la norma comunitaria hace «inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional». El segundo efecto, en relación con la norma comunitaria anterior y la norma interna posterior y contraria, es que la vigencia de la norma comunitaria «impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias».

Por tanto, en el caso de que se adoptase una norma nacional incompatible con una norma comunitaria, el juez nacional tiene la obligación de aplicar, íntegramente, el derecho comunitario, y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria, sin que para ello haya que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (88).

Como el juez nacional no puede derogarla ni declararla inconstitucional, porque tales actos corresponden a los órganos constitucionales competentes, la inaplicación es una suerte de «sanción» mínima contra esa norma interna (independientemente de la eventual demanda ex art. 169 CE de la Comisión, contra el Estado infractor, y de la obligación de hacer desaparecer la infracción). La inaplicación permite al juez de instancia cumplir con su «obligación de aplicar, íntegramente, el Derecho Comunitario, y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares» (89).

El Tribunal comunitario no entra en la cuestión, ni tiene por qué hacerlo, de determinar qué órgano debe declarar la nulidad de la norma nacional contraria, ni puede tampoco dar competencia al juez nacional para declarar la nulidad de la norma nacional incompatible. Lo que deba haber el juez para descartar la aplicación de la norma interna, o lo que deban hacer otras autoridades internas para eliminar la infracción, se rige por el principio de autonomía institucional y procedimental.

Debe, pues, utilizar todos los medios que establece el orden interno, pero si

(87) Sentencia de 9.3.1978, *Simmenthal*, 106/77, fund. 18.

(88) Sentencia *Simmenthal*, fund. 21 y 24.

(89) Sentencia *Simmenthal*, fund. 21.

éstos fueran insuficientes, o no le permitieran garantizar el pleno efecto de la norma comunitaria, entonces el principio de autonomía institucional no puede ser un obstáculo a la primacía. Esa disposición interna o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que le impide garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria debe ser declarada incompatible «con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario»: el juez nacional tiene «el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para obviar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias» (90).

La situación en la que se encuentra el juez nacional ante una norma nacional (anterior o posterior), contraria a la comunitaria, es particularmente delicada, porque se ve obligado a considerar como inexistente la norma interna e, incluso, «se ve formalmente invitado a desconocer, para asegurar la primacía del Derecho Comunitario, las normas constitucionales que determinan, ya la solución de conflictos, ya la extensión de sus propios poderes» (91).

Entre otras consecuencias prácticas de la doctrina *Simmenthal*, debe subrayarse el hecho de que cuando se plantee en España, en el curso de un litigio, la cuestión de la incompatibilidad entre una ley interna, anterior o posterior (estatal o autonómica), el juez o tribunal competente no debe, en modo alguno, plantear cuestión de inconstitucionalidad (aunque el legislativo haya violado el art. 96.1 de la Constitución), sino dejar inaplicada la ley interna y dictar sentencia conforme a la norma comunitaria (92). En la antinomia norma comunitaria-norma interna no se le plantea al juez o al órgano administrativo que se pronuncie sobre la validez de la norma interna, sino sobre su aplicabilidad a esa situación.

Si el asunto está regido por norma comunitaria, en el fondo no se reúne el supuesto del artículo 163 de la Constitución («una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo»). Su fallo no depende de la norma nacional, sino de la comunitaria. Otra cuestión distinta es que el juez del litigio desee asegurarse de que la norma interna es o no incompatible con la comunitaria; entonces, puede (o debe, si es juez de última instancia) plantear una cuestión prejudicial de interpretación o de apreciación de validez de la norma comunitaria y decidir, en función de la sentencia prejudicial, si hay o no incompatibilidad.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la obligación de inaplicar una norma interna incompatible con una norma comunitaria, atañe no sólo a los jue-

(90) Sentencia *Simmenthal*, fund. 22.

(91) J. FERSTENBERT: «L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national», *RTDE*, 1979-1, p. 43.

(92) Como el TJCE ha reiterado en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Territorial de Valencia (asunto *Ford España*), en relación con un recargo por el despacho aduanero de mercancías establecido en la Ley de presupuestos de 1984, «el juez nacional encargado de aplicar, en asuntos que sean de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obli-

gado a garantizar plenos efectos a dichas normas, dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de dicha disposición» (11.7.1989, *Ford España*, 170/88, fund. 19). Ciertamente, se trataba de una exacción de efecto equivalente prohibida por los artículos 9 y 13 CEE y que la Audiencia pudo dejar inaplicada, por su claridad, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial.

ces, sino a todos los poderes públicos, incluidas las administraciones autonómicas y las administraciones locales, como clarificó la sentencia *Costanzo* de 1989 (93), so pena de comprometer la responsabilidad del Estado al aplicar una norma interna incompatible con la comunitaria. Pero, además, dado el carácter objetivo e imperativo de las normas comunitarias, también en las relaciones entre particulares, éstos deberán respetar la norma comunitaria en caso de contradicción con la norma interna, y tendrán obligación de dejar inaplicada la norma nacional y aplicar la norma comunitaria a la relación jurídica prevista por la misma, reconociendo los derechos o exigiendo el cumplimiento de las obligaciones que establezca.

### 3. La obligación de los poderes públicos competentes de eliminar las normas internas incompatibles

Ahora bien, aunque la inaplicación de la norma nacional incompatible permite la aplicación preferente de la norma comunitaria, un Estado miembro que mantiene en vigor una norma nacional contraria, aun probando la aplicación efectiva de la norma comunitaria, está incumpliendo su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los Tratados y de los actos de las Instituciones (art. 5 TCEE).

Es decir, la primacía y el efecto directo de las disposiciones comunitarias no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su orden jurídico interno aquellas disposiciones incompatibles. La razón estriba en que el mero mantenimiento en vigor —aun sin aplicación— engendra siempre una situación de hecho ambigua, dejando a las personas afectadas en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acogerse a la norma comunitaria. Por ello, el Tribunal exige que la incompatibilidad entre una norma nacional y una norma comunitaria, incluso de efecto directo, deba ser eliminada definitivamente mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas (94).

No basta dejar inaplicada la ley o disposición reglamentaria interna, sino que hay que eliminar la contradicción mediante *la derogación o la modificación* de la disposición en cuestión. En esa sentencia el TJCE constató que Italia violaba sus obligaciones al mantener en vigor disposiciones nacionales contrarias a los Tratados, a pesar de que Italia no las aplicaba y reconocía la primacía y la eficacia directa de las normas comunitarias en cuestión. Pero la obligación de derogar o modificar se dirige, pues, a las autoridades competentes para que eliminen definitivamente esa insegura situación de normas internas meramente en vigor y normas comunitarias aplicables a esas situaciones. Para nada se modifica con esta jurisprudencia la obligación de juez o del funcionario o en las relaciones horizontales de aplicar la norma comunitaria que rijan esa relación: inaplicación ante el caso concreto para todos y, además, para las autoridades competentes, obligación de eliminar.

(93) Cit. (n. 47).

(94) Sentencia de 15.10.1986, *Comisión c. Italia*, 168/85, fund. 13. Con anterioridad ya lo ha-

bía establecido en la sentencia de 4.4.1974, *Comisión c. Francia (Código de Trabajos Marítimos)*, 167/73, fund. 41.



La eliminación debe ser mediante otras normas internas del mismo rango o valor jurídico que las que deban ser modificadas. Esto significa que las *circulares administrativas*, incluso publicadas en los Boletines Oficiales, advirtiendo de la inaplicación de una norma interna, no son el medio adecuado para asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias. Es jurisprudencia constante del Tribunal que las circulares administrativas no hacen desaparecer la incompatibilidad de disposiciones legislativas nacionales con el derecho comunitario: son simples prácticas administrativas, modificables por su propia naturaleza al gusto de la administración y desprovistas de la publicidad adecuada, por lo que no pueden ser consideradas como constitutivas de una ejecución válida de las obligaciones del Tratado (95).

Es fácil comprender que esta jurisprudencia, llevada hasta sus últimas consecuencias, puede crear agobiantes problemas a los legislativos y ejecutivos de los Estados miembros. Aunque el Tribunal no ha matizado esta doctrina, la Comisión, desde su competencia de guardiana de los Tratados y de iniciadora de los procedimientos por incumplimiento contra los Estados ex art. 169 CEE, ha declarado, en el curso de un proceso, que desistirá de exigir la derogación o modificación de una norma interna contraria a una comunitaria cuando se reúnan cumulativamente tres condiciones y una circunstancia: 1) que la disposición comunitaria sea directamente aplicable (normas de los tratados y de los reglamentos) y prevalezca sobre las normas nacionales; 2) que las reglas nacionales exijan, para su aplicación, una iniciativa de la administración vinculada por la circular y que no puedan aplicarse por iniciativa del juez, del ministerio público o de los interesados; 3) que la circular haya recibido una publicidad apta para garantizar el reconocimiento por la administración de derechos que los interesados gozan con arreglo al Derecho Comunitario. Y que se dé la circunstancia de la inexistencia de quejas por parte de los interesados, que confirmarían la ausencia de infracción al Derecho Comunitario ocasionada en razón del mantenimiento puramente formal de las reglas nacionales (96).

#### 4. La suspensión cautelar de las normas internas presumiblemente contrarias al Derecho Comunitario

Dado que a las jurisdicciones nacionales les incumbe, en el ámbito de su competencia, asegurar la protección jurídica que deriva del efecto directo, deben hacer *todo lo necesario* (sentencia *Simmmenthal*) a fin de tutelar efectivamente los derechos de los particulares. Por ello, pueden acordar medidas cautelares (tutela cautelar) suspendiendo la aplicación de la Ley nacional, incluso en los casos en que el sistema procesal no prevé o no permite la suspensión de la Ley interna a fin de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial que deba decidir sobre la existencia de los derechos invocados fundados en normas comunitarias (97).

(95) Sentencia de 6.5.1980, *Comisión c. Bélgica*, 102/79, fund. 11.

(96) Sentencia de 24.3.1988, *Comisión c. Italia*, 104/36, Informe para la vista, p. 1806.

(97) Sentencia de 19.6.1990, *Factortame*,

C-213/89, fund. 21-23. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La sentencia Factortame del TJCE», *Rev. Española de Derecho Administrativo*, 1990, núm. 67, pp. 401-420; D. SIMON y A. BARAV: «Le droit communautaire et la suspension provisoire des me-

Se trata de situaciones en las que a la espera de juzgar la compatibilidad o no entre ambas normas se deba garantizar preventivamente los derechos que se deriven eventualmente del Derecho Comunitario. Se trata de una protección provisional vinculada a la protección judicial efectiva.

**5. El alcance de la primacía en relación con la constitución de los Estados miembros. Planteamiento general**

Cabe precisar que la primacía se predica respecto de toda norma interna; no solamente respecto de la Ley, sino también sobre las normas constitucionales de los Estados miembros. Ya en la sentencia *Costa*, el Tribunal mantenía que «el derecho nacido del Tratado no podría verse oponente judicialmente a un texto interno cualquiera que sea». Esa primacía es, pues, absoluta sin distinción ni freno por rango u origen de la norma, de modo que, los principios de una estructura constitucional nacional, «no podrían afectar a la validez de un acto de la Comunidad, pues introducir criterios procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, atentaría contra la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario y tendría ineluctablemente por efecto quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad» (98). Además, el Tribunal ha declarado que un Estado miembro no podría alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, «incluso constitucional», para justificar la falta de respeto a las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria (99). El TJCE ha sido riguroso e inflexible a la hora de defender el respeto a la norma comunitaria; cualquier signo de debilidad, inhibición o transacción hubiera destruido o puesto en peligro la existencia misma del proceso integrador.

**6. El monopolio del control de la legalidad comunitaria y la suspensión cautelar de los actos nacionales de ejecución de las normas comunitarias**

La misma preocupación por la unidad y la uniformidad del ordenamiento jurídico comunitario ha llevado al TJCE a confirmar que la competencia para constatar la invalidez de un acto le está reservada por los Tratados (*procedimiento de anulación*, art. 173 TCEE) al propio TJCE. En efecto, en el asunto *Foto-Frost* un juez alemán le planteó la posibilidad de pronunciar el propio juez nacional la invalidez de una decisión de la Comisión. El Tribunal comunitario reconoció que las jurisdicciones nacionales pueden examinar la validez de un acto comunitario y si no consideran fundados los medios de invalidez que las partes invocan, entonces pueden rechazar esos medios concluyendo que el acto es válido plenamente. Para el TJCE, si actúan así, no ponen en causa la existencia del acto comunitario. Ahora bien, si a resultas de ese examen por el juez nacional creen

sures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame», *Rev. du Marché Commun*, 1990, núm. 340, pp. 591-597.

Vid. en esta misma obra el estudio de G. C. Rodríguez Iglesias: *La tutela judicial cautelar*.

(98) Sentencias de 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70, p. 1125; 13.12.1979, *Liselotte Hauer*, 44/79, fund. 14.

(99) Sentencia *Comisión c. Bélgica*, cit. (n. 95), fund. 15.

que el acto comunitario puede ser inválido, no pueden, en modo alguno, declarar la invalidez de un acto de las Instituciones.

Según el TJCE, la exigencia de la uniformidad es imperiosa y las eventuales divergencias entre las jurisdicciones de los Estados miembros respecto a la validez de los actos comunitarios comprometería la unidad misma del orden jurídico comunitario y atentaría a la exigencia fundamental de la seguridad jurídica. La coherencia del sistema, en palabras del TJCE, exige que la competencia para constatar la invalidez de un acto esté reservada al Tribunal de Justicia y, por ello, los artículos 173, 184 y 177 CE le confían con carácter exclusivo el control de la legalidad (100).

Sin embargo, ha aceptado que los jueces nacionales puedan adoptar medidas cautelares de suspensión de actos nacionales de ejecución de normas comunitarias cuando el juez nacional, de oficio o a instancia de parte, tenga serias dudas sobre la validez de la norma comunitaria en que se basa aquél. La suspensión sería provisional y limitada a los aspectos discutidos y estaría obligado el juez nacional a plantear la cuestión prejudicial de invalidez. Ahora bien, como esta facultad que el TJCE le otorga a los jueces nacionales forma parte de una competencia reservada al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 185 (medidas provisionales) en el marco de los recursos de nulidad, los jueces nacionales deberán acordar la suspensión únicamente en el supuesto de que concurran los requisitos de las medidas provisionales ante el TJCE, a saber, en caso de urgencia y de que sobre la parte demandante pese la amenaza de un perjuicio grave e irreparable y siempre que se tenga en cuenta debidamente el interés de la Comunidad (101).

(100) Sentencia de 22.10.1987, *Foto-Frost*, 345/85, fund. 14-19.

(101) Sentencia de 21.2.1991, *Zuckerfabrik*, as. ac. C-143/88 y C-92/89, fund. 23 a 28.